Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer.

(§ 50 St. G. B.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Martin Bernhardt

Referendar.

Posen

Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Inhalt:

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Die akzessorische Natur der Teilnahme und ihre Bedeutung für die Strafbarkeit der Teilnehmer . . . . . 1—3.

B. Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarbarkeit der Teilnehmer.

I. Der § 50 St.G.B.

1. § 2. Die Begrenzung der Tragweite des § 50 im allgemeinen . . . . . 3—10.

2. Die Wirksamkeit des § 50 im besonderen.

a. § 3. beim Vorliegen straferhöhender persönlicher Momente . . . . . 10—25.

b. § 4. beim Vorliegen strafvermindernder persönlicher Momente . . . . . 25—32.

II. Die Beeinflussung der Strafbarkeit der Teilnehmer durch das Vorliegen

1. §§ 5 u. 6. strafbegründender persönlicher Momente . . . . . 33-(41)48.

§ 6. insbesondere, soweit sie sog. Sonderdelikte begründen, ... 41—48.

2. § 7. strafausschliessender und strafaufhebender persönlicher Momente . . 48—59.

III. § 8. Regelung der Frage in früherer Lehre und Gesetzgebung . . . . . 59—64.

IV. § 9. Stellungnahme der jetzigen europäischen ausserdeutschen Gesetzgebung . . . . . 65—68.

C. § 10. Rückblick und Kritik . . . . . 68—71.

Literaturübersicht.

I. Lehrbücher und Commentare.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.

Binding: Handbuch des Strafrechts I. Bd. 1885.

Derselbe: Grundriss des deutschen Strafrechts. Allg. T. 1902.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1903.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht I. Bd. 1881.

v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzeldarstellungen (Art: Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung v. Geyer) II. 1871.

Derselbe: Ergänzungen zum deutschen Strafrecht. IV. 1877.

Janka-Kalina: Oesterreichisches Strafrecht. 1902.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts. 1855.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1905.

Meyer Hugo (Allfeld): Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1907. 6. A. u. 1895. 5. A.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1908.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1901.

Puchelt: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1871.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1879.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar. 1892.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874.

Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1871.

II. Einzelschriften:

Bauer: Die akzessorische Natur der Teilnahme. Göttingen Diss. 1904.

Berner: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1847.

v. Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1890.
Derselbe: Teilnahme am Verbrechen. Art. in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. II. Bd. Allg. Teil. 1908 (herausgegeb. auf Anregung des Reichs-Justiz-Amts.).
Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. 1888.
v. Buri: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
Büll: Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. Rostock Diss. 1902.
van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht. 1891.
Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.
Girginoff: Der bindende Befehl im Strafrecht. Leipzig. Diss. 1904.
Jacquin: Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Erlangen. Diss. 1903.
Kitka: Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit. 1840.
Klosak: Welches sind die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 St.G.B. Heidelberg. Diss. 1907.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. I. 1890.
Koppmann Fr.: Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtbeamten an reinen Amtsdelikten. 1903.
Krug: Die besonderen Umstände der Teilnehmer. (24. Heft der Strafl. Abhandlungen, herausgegeben v. Beling) 1899.
Lucas: Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht. 1883.
Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. 1840.
Mayer M. E.: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. 1901.
Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.
Otto: Aphorismen zu dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich. 1873.
Redslob: Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. (Heft 97 d. Strafrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von v. Lilienthal.) 1909.
Sonanini: Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen. Erlangen, Diss. 1897.

III. Entscheidungen, Zeitschriften und sonstige Literatur.

Allgemeine Deutsche Strafrechts-Zeitung, herausgegeben von v. Holtzendorff. 11. u. 12. Jhrg.

Archiv des Kriminalrechts. Jhrg. 1851.

Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht, jetzt Archiv für Strafrecht und Strafprozess, begründet von Goltdammer. Jhrg. 1874 u. 1904.

Deutsche Juristen-Zeitung Jhrg. 1899.

Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozess. Bd. 22. 24. 26. 30. 38. 67. 70.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten. 1851.

v. Holtzendorff: Rechtslexikon. 1884.

Johow: Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.

Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Senfferts Blätter für Rechtsanwendung. 71. Jhrg.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Jhrg. 1882 u. 1904.

§ 1.

Der strafrechtliche Begriff der Teilnahme ist gegeben, wenn mehrere Personen bei einer vom Gesetze mit Strafe bedrohten Handlung mitwirken. Gegenstand der Beteiligung ist das zu begehende Hauptverbrechen. Je nach Form und Bedeutung der Beteiligung des Einzelnen an dem Delikte werden sich verschiedene Arten der Teilnahme unterscheiden lassen, immer aber wird begriffliche Voraussetzung einer Teilnahme sein, dass eine Verbrechenstat vorliegt, zu deren Hervorbringung beigetragen wird. Zu dieser Haupthandlung treten alle Teilnahmehandlungen in Abhängigkeit; sie können nur dann zur Existenz gelangen und kriminell in Betracht kommen, wenn ein solches Hauptverbrechen vorhanden ist. Diese abhängige Form der Teilnahmehandlungen nennt man ihre akzessorische Natur.

Unser St.G.B. kennt als Arten der Teilnahme die Mittäterschaft, die Anstiftung und Beihilfe. Für die beiden letzteren Arten hat unser St.G.B. die Anerkennung der Akzessorietät noch erweitert und vertieft. Nicht nur das Vorhandensein einer strafbaren Haupttat ist für die Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe Notwendigkeit, sondern auch die Strenge der Bestrafung dieser Teilnehmer wird durch den objektiven Charakter der Verbrechenstat bestimmt. Der Teilnahmeform der Mittäterschaft dagegen ist eine selbständige Beurteilung gewahrt; die Bestrafung des Mittäters richtet sich allein nach der strafrechtlichen Gestalt, welche seine Handlung durch sein Tun und seine Person erhält.

Der Verbrechenscharakter einer Handlung und ihre deliktische Schwere wird im allgemeinen durch das Vorliegen einer Gesetzesübertretung und durch die sie begleitenden objektiven Umstände bestimmt. Oft lässt jedoch die Sonderstellung des Täters im sozialen Leben oder seine persönliche Beziehung zu dem verletzten Gute

die begangene Tat in besonderer, grösserer oder geringerer Schwere erscheinen, oft wird überhaupt erst eine sonst irrelevante Tat durch die persönliche Qualifikation des Täters zu einer Gesetzesverletzung oder verliert andrerseits dadurch ihre strafrechtliche Bedeutung. Erhält die Straftat durch die Persönlichkeit des Täters einen Sondercharakter, so hat der Gesetzgeber diesen dadurch berücksichtigt, dass er einen von dem allgemeinen abweichenden Strafrahmen Platz greifen lässt. Die Durchführung des für Anstifter und Gehilfen geltenden strengen Grundsatzes der Akzessorietät würde auch in diesen Fällen ein Übergreifen der der Täterhandlung zukommenden Beurteilung bei der Strafbarkeit auf die genannten Teilnehmer verlangen; es leuchtet jedoch ein, dass hier diese Konsequenz teils zu ungerechter Härte, teils zu unbilliger Milde führen muss; sie misst die Strafwürdigkeit des eigenen Tuns dieser Beteiligten nach der Grösse der persönlichen Verantwortlichkeit eines Fremden. Diese Erwägungen haben auch unseren Gesetzgeber geleitet. Er hat sich gescheut, für die speziellen Fälle, in denen die persönlichen Verhältnisse des Täters dem Verbrechen einen straferschwerenden oder strafmindernden Charakter geben, jene letzte Folgerung der akzessorischen Natur der Teilnahme zu ziehen. Durch Aufstellung der Vorschrift des § 50 St.G.B. hat er dieses Prinzip durchbrochen und so eine gerechte, individuelle Berücksichtigung von persönlichen, auf die Strafbarkeit Einfluss übenden Momenten für die an einer Straftat Beteiligten möglich gemacht; dieser § 50 St.G.B. bestimmt:

> „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

Zunächst muss es auffallen, dass auch die Mittäterschaft in die Wirksamkeit dieser Vorschrift bezogen ist; sahen wir doch, dass die Strafbarkeit dieser Teilnahmeform von

der Schwere des vorliegenden Verbrechens unabhängig ist. Auch ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 50 würde der Mittäter nur nach den in seiner eigenen Person liegenden Momenten verantwortlich sein, persönliche Eigenschaften des Täters wären ihm nicht zuzurechnen.[1])

§ 2.

Wollen wir die Bedeutung des § 50 und seine Tragweite erfassen, so gilt es zunächst festzustellen, welches jene Tatumstände sind, an deren Vorliegen die Anwendbarkeit der Bestimmung geknüpft ist. Die Sprache des Gesetzes gibt der Auslegung des Paragraphen sowie der Begrenzung der Arten und der Natur der hervorgehobenen Momente keinen festen Anhalt. Sein Wortlaut charakterisiert die ins Gewicht fallenden Merkmale in ganz allgemeinen und unbestimmten Begriffen als „persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern“ und kennzeichnet sie dann zusammenfassend als „Tatumstände.“ Die Wissenschaft hat versucht, den Sinn und die Anwendbarkeit unserer Vorschrift durch eine begriffliche Auslegung der gebrauchten Ausdrücke „Eigenschaften und Verhältnisse“ zu finden. Massgebend sind die von Rubo gegebenen Erklärungen; „persönliche Eigenschaften“ werden als die Beschaffenheit des Wesens eines Menschen, „persönliche Verhältnisse“ als die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend einem Dinge definiert.[2]) Dieses Ersetzen der vom Gesetzbuche gewählten Worte durch erklärende, aber gleich allgemeine und unbestimmte Ausdrücke vertiefte man sodann weiter, indem man auf die Merkmale der Begriffe und ihr inneres Wesen einging. Man erwog und stellte fest, dass den Eigenschaften im Gegensatze zu dem Begriffe der Ver-

---

[1]) Wo wir in folgendem daher bei Erklärung des § 50 der Kürze wegen von „Teilnahme“ sprechen, ist nur Anstiftung und Beihilfe dazu zu rechnen.

[2]) Vgl. Rubo § 50. N 2 u. 3. Olshausen § 50 N 1. Frank § 50 N 1. Borchert: „Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter.“ S. 34.

hältnisse das Moment des dauernden innewohne; auf der anderen Seite wurde jedoch das Vorhandensein und die Bedeutung dieses systematischen Unterscheidungsmerkmales bestritten. Zu einem Ergebnis für die Praxis kann man auf diese Weise nicht gelangen. Denn abgesehen davon, dass bei einer rein begrifflichen Interpretation der Sprache des Gesetzes die Gefahr nahe liegt, den wahren Willen und den Sinn der Vorschrift zu übergehen, sind die gegebenen Erklärungen nicht geeignet, zu dem Resultate zu führen, auf das es in letzter Linie ankommt, nämlich diejenigen Einzelfälle des speziellen Teils unseres Gesetzbuches fest zu begrenzen, auf welche diese allgemeine Bestimmung ihre wirkungsvolle Anwendung finden soll. Sicherer werden wir zu diesem Ergebnisse gelangen, wenn wir den leitenden Gedanken der Bestimmung und ihre besondere Stellung in der sie umgebenden Rechtsmaterie ins Auge fassen.

Wie schon oben gezeigt, liegt die Bedeutung und die Tragweite des § 50 darin, im Interesse der gerechten Schuldzumessung bei der Bestrafung eine Ausnahme von dem im Gesetze für Anstifter und Gehilfen geltenden Grundsatze der Abhängigkeit von der Strafbarkeit der Täterhandlung festzulegen. In diesem Sinne äussern sich auch die Motive zu diesem Paragraphen.[1]) In ihnen wird gesagt, dass die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen Teil genommen, gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere eine verschiedenartige sein kann, je nach den verschiedenartigen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Täter sich befindet. Die Bedeutung der dem Gesetzbuche im § 50 eingefügten Bestimmung[2]) wird dann dahin gekennzeichnet, dass das Gesetz dadurch den allgemeinen Satz zur Geltung habe bringen wollen, dass ein Jeder lediglich nach dem Grade

[1]) Motive zum revidierten Entwurf S. 55.

[2]) Das preussische St.G.B. v. 14. April 1851 hatte eine dem § 50 R.St.G.B. gleichbedeutende Bestimmung nicht enthalten. In ihm war also der strenge Grundsatz der akzessorischen Natur der Teilnahme durchgeführt.

seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden solle.

Dieser letzte Satz, welcher uns den unserem Paragraphen zu Grunde liegenden leitenden Gedanken offenbart, muss in erster Reihe massgebend sein, wenn wir die einzelnen Umstände, bei welchen er wirksam wird, suchen. Nicht alle persönlichen Momente, welche eine schärfere oder mildere Bestrafung des Delikts hervorrufen, sind von individueller Schuldbedeutung; ihre Natur und die Gestalt, welche sie der Straftat geben, ist oft derart, dass sie wegen des inneren subjektiven Zusammenhangs zwischen der Täterschaft und den Teilnahmeformen der Anstiftung und Beihilfe von allen an dem Verbrechen Beteiligten vertreten werden müssen. Es wird also vor allem darauf ankommen, festzustellen, welche jener „Eigenschaften und Verhältnisse" als Schuldmomente in Betracht kommen, die nur den einzelnen Täter, Anstifter oder Gehilfen berühren; nur solche Umstände werden wir für die Wirksamkeit des § 50 in Betracht ziehen können, bei denen es feststeht, dass sie nach ihrer Natur und der Auffassung des Gesetzes die kriminelle Schuld des Beteiligten nur individuell verändern.[1])

Prüfen wir ferner die Anhaltspunkte und Hinweise, die uns der Gesetzgeber durch die Wortfassung der Bestimmung gibt, so werden wir zu einer festen Begrenzung der Wirksamkeit des § 50 kommen müssen. Die Beschränkung ist zunächst dadurch gegeben, dass nach ausdrücklicher Vorschrift nur Eigenschaften und Verhältnisse

---

1) Vgl. Hälschner, Syst. d. preuss. Strafr. S. 334, 365 ff. u. d. gem. dtsch. Strafr. S. 435 ff.

P. Krug „Besondere Umstände der Teilnehmer" macht zum Gegenstande seiner Erörterungen nicht eine Auslegung des geltenden Gesetzes, sondern eine Entwicklung des der Frage zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzips und das Auffinden der entscheidenden Gesichtspunkte. Auch er geht von einer Untersuchung des Einflusses der Umstände auf die Schuld der Beteiligten aus.

Ähnlich sucht Redslob: „Die persönlichen Eigenschaften u. Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern" die Lösung des Problems zu finden, indem er die Wirksamkeit der Momente auf den Willen untersucht.

in Betracht zu ziehen sind, bei deren Vorliegen das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung erhöht oder vermindert. Damit entfallen für die Anwendbarkeit des Paragraphen solche Umstände, welche eine andere Bedeutung für die Strafbarkeit haben, welche also die Strafbarkeit einer Handlung erst begründen oder ausschliessen. Weiterhin ist das Erfordernis der persönlichen Natur der Momente besonders hervorgehoben. Im Gegensatz zu diesen Umständen stehen die der Tat selbst anhaftenden Merkmale, sei es, dass sie in der Qualifizierung ihrer Ausführung, sei es, dass sie in der grösseren oder geringeren Schwere des eingetretenen Erfolges liegen. Es ist natürlich, dass das Prinzip, welches § 50 verfolgt, diese Umstände ausser Betracht lässt. Allein mit dem Delikt in Berührung kommend, müssen sie von allen an ihm Beteiligten vertreten werden, Unterschiede in der individuellen Schuld rufen sie nicht hervor, sie bewirken daher eine grundsätzlich gleiche Verantwortlichkeit. Es liegt also in der Natur der Sache, dass die Vorschrift auf persönliche Umstände beschränkt bleibt. Aber auch diese Klasse trifft § 50 nicht in vollem Umfange; es ist vielmehr erforderlich, dass diese Momente für den Schuldigen in Beziehung auf das begangene Delikt von Bedeutung sind. Hierzu können nicht solche Umstände rechnen, welche das Gesetz berücksichtigt, um den Handelnden persönlich kriminell zu kennzeichnen, weil sie diesem eine vor der Allgemeinheit ausgezeichnete Gestalt geben, Umstände, durch welche jedoch die strafrechtliche Natur und die Schwere der vorliegenden Straftat selbst in keiner Weise berührt wird. Solche rein persönlichen Momente können bei der Bestrafung nur für denjenigen ins Gewicht fallen, bei welchem sie zutreffen. Das verlangt ja gerade das Wesen dieser Merkmale, dass nur der Einzelne, für oder gegen den sie wirksam werden, eine qualifizierte strafrechtliche Beurteilung erleide; für andere, welche mit diesem zusammen handeln, können sie nicht in Betracht kommen. Das verlangt auch besonders die Durchführung des akzessorischen Prinzips für die Teilnahme. Denn dieses will, dass nur Veränderungen der strafrechtlichen

Schwere der Tat auf die Verantwortlichkeit der Beteiligten zurückwirke; zu ihr in keiner Beziehung stehende, nur die persönliche Strafbarkeit des Einzelnen ändernde Umstände bleiben deshalb für die anderen Mitwirkenden ausser Berücksichtigung.[1]) Die Hineinbeziehung dieser rein persönlichen Strafschärfungs und -milderungsgründe in den Kreis der von § 50 getroffenen Momente steht demnach zu der Stellung und dem Willen dieser Bestimmung im Gegensatz. Sie widersprechen nicht der Durchführung des Grundsatzes der Akzessorietät für die Teilnehmer, für sie wäre also eine Modifikation dieses Prinzips durch eine Ausnahmevorschrift und eine besondere Betonung des Grundsatzes der individuellen Schuldzurechnung nicht erforderlich gewesen.

Es kommen demnach, wie schon erwähnt, hier nur solche persönliche Umstände in Betracht, bei deren Vorliegen die strafbare Handlung selbst in ihrem Wesen berührt wird, Umstände, welche nicht nur die subjektive Verantwortlichkeit desjenigen, welcher die Tat begangen hat, verändern, sondern von ihm und durch ihn auf die Tat selbst wirkend, für diese eine besondere Gestalt und damit eine mehr oder minder grosse Schwere ergeben. Bei diesen Momenten würde die konsequente Durchführung des Grundsatzes der Akzessorietät verlangen, dass sich der dem Delikt durch die persönliche Disposition eines einzelnen Beteiligten aufgedrückte Charakter bei der Bestrafung für oder gegen alle Mitwirkenden geltend macht. Nur für diese Momente macht sich im Interesse des Kulturprinzips der individuellen Schuldzurechnung und der Gerechtigkeit eine Modifikation jenes Grundsatzes notwendig, nur diese Klasse der persönlichen Umstände kommt daher für die Wirksamkeit des § 50 in Betracht. Dass das Gesetz diese Umstände und nur diese im Auge hat, ergeben ausserdem auch die erklärenden Sätze der Motive. Hier sind die persönlichen Umstände ausdrücklich

[1]) Vgl. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme, S. 12. „Das Band, welches unter den verschiedenen Teilnehmern besteht, wird nicht durch die Einheit der Personen, sondern durch die Einheit des Erfolges festgestellt."

als solche hervorgehoben, welche für den rechtlichen Charakter der Handlung und die durch ihn bedingte Schwere derselben von Einfluss sind.

So kommen wir denn zu einer Begrenzung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des § 50 dahin, dass der Bedeutung und Anwendbarkeit dieser Bestimmung nach nur solche strafändernden persönlichen Umstände in Frage kommen können, bei deren Vorliegen das Gesetz dem Tatbestande der strafbaren Handlung eine besondere, strafrechtlich anders gewertete Gestalt gibt; wir beschränken die Tatumstände des § 50 auf solche Merkmale, welche auf den allgemeinen Verbrechensbegriff als sogen. Qualifizierungs- und Privilegierungsmomente wirken.

Diese eben behandelte systematische Unterscheidung der persönlichen Umstände spielt in der Wissenschaft für die theoretische Auslegung des § 50 eine grosse Rolle, trotzdem es klar ist, dass sich für die Praxis keine Schwierigkeiten und Streitigkeiten ergeben können, gleichviel, ob man behauptet, dass jene rein persönlichen, die Straftat selbst nicht berührenden Umstände von dem Paragraphen umfasst werden, oder ob man anerkennt, dass schon die Natur und die Bedeutung jener Umstände die an die Anwendung der Bestimmung geknüpfte Wirkung zur Folge haben. Für den Bereich des § 50 ist die zuerst von Ortmann[1]) gegebene systematische Gliederung der einschlagenden Momente massgebend geworden. Er teilt sie ein, je nachdem sie nur die Person des Handelnden treffen oder auch für die Gestalt der Tat selbst von Einfluss sind, in subjektiv-persönliche und objektiv-persönliche Merkmale. Auf derselben Grundlage unterscheidet dann Schütze Lehrb. S. 146 mit dem Verbrechen konnexe und rein individuelle Erschwerungs- und Milderungsgründe, H. Meyer in der 5. Aufl. s. Lehrb. S. 228 persönliche und rein-persönliche oder höchstpersönliche (Olshausen § 50).

Die gemeine Meinung ist nun der Ansicht, dass auch die ganz persönlichen Umstände von § 50 getroffen würden.

[1]) Ortmann: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Goldammers Archiv Bd. 22. S. 390 ff.

Sie wird vertreten von Rüdorff-St. § 50 N 2, Oppenhoff-D. § 50 N 5, v. Liszt S. 233. H. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191 N 40. Finger S. 363. Ortmann a. a. O. S. 391, namentlich in den Entscheidungen des Reichsgerichts, vgl. E. II., 261. IV. 184. XXIII. 378. XXV. 275 (Ausführungen des Oberreichsanwalts), XXVI. 3.

Der Meinung dagegen, dass nur diejenigen Merkmale unter § 50 fallen, welche den strafrechtlichen Charakter des Delikts selbst berühren, sind Olshausen § 50 N 3. Herzog i. d. St. R. Z. Bd. 12. S. 221, Hälschner, Gem. dtsch. Str. R. I. S. 439 N 1, Berner Lehrb. S. 171. Schütze Lehrb. S. 147 N 12. H. Meyer Lehrb. 5. A. S. 229. Binding Grdr. S. 174. Klosak. S. 13, wenn sich auch bei diesen wieder im einzelnen wegen spezieller Momente Kontroversen ergeben. Auf beiden Seiten stimmt man natürlich darin überein, dass die Wirksamkeit der höchstpersönlichen Eigenschaften eine individuelle Berücksichtigung bei der Strafbarkeit ist.

Noch eine andere Frage gibt bei der Erklärung des § 50 Anlass zur Erörterung; ob nämlich der Paragraph nur für die Teilnehmer, wenn die erwähnten Umstände in der Person des Täters vorliegen, Anwendung finden soll, oder ob umgekehrt auch der Täter individuell zu würdigen ist, wenn für oder gegen einen der Teilnehmer ein solches Moment zutrifft. Die kurze Fassung der Bestimmung in ihrem letzten Satzteile kann in dieser Frage zu Schwierigkeiten führen. Eine grammatische Interpretation des einschlagenden Passus stellt jedoch seine Bedeutung und die Absicht des Gesetzes klar. Fügen wir, wie es auch der erste Entwurf zu unserem § 50 tat, dem letzten Teile der Vorschrift ein „nur“ hinzu, so ergibt seine grammatische Auflösung in zwei Sätze:

1) die besonderen Tatumstände sind nur dem Täter zuzurechnen, wenn sie nur beim Täter vorliegen,
2) die besonderen Tatumstände sind nur dem Teilnehmer zuzurechnen, wenn sie nur bei diesem Teilnehmer vorliegen.

Jetzt tritt es hervor, dass das Gesetz für die Wirksamkeit der besonderen Umstände keinen Unterschied

macht, ob sie nur beim Täter oder nur bei einem Teilnehmer vorhanden sind, immer wirken sie nur für denjenigen allein, bei welchem sie zutreffen.[1]) Liegen sie nur zu Gunsten oder Ungunsten eines Teilnehmers vor, so wird der Grad der Strafwürdigkeit seiner Handlung nach derjenigen kriminellen Schwere bemessen, die sich ergeben würde, wenn er selbst das vorliegende Verbrechen als Täter begangen hätte. Diese dem Sinne des Gesetzes nach notwendige Auslegung der Wirksamkeit des § 50 wird auch von Binding[2]) anerkannt, doch glaubt dieser, dass die Bestimmung selbst nur den Fall entscheide, dass der Täter besonders qualifiziert erscheint; um auch für den Teilnehmer zu dem notwendigen Ergebnis zu gelangen, nimmt er den Analogieschluss zu Hilfe. Ebenso Olshausen § 50 N 6, vgl. dazu auch R. G. E. II. 153.

§ 3.

Die bedeutende Wichtigkeit unseres Paragraphen und der Einfluss des von ihm zum Ausdruck gebrachten Prinzips auf die Strafbarkeit der Teilnahme wird deutlicher veranschaulicht sein, wenn wir prüfen, in welchen Einzelfällen der im besonderen Teil des Gesetzes gegebenen Deliktstatbestände und mit welcher Wirksamkeit hier unsere Bestimmung Geltung gewinnt. Dabei wird es darauf ankommen, diejenigen Eigenschaften und Verhältnisse festzustellen und zu begrenzen, welche unser Strafgesetz bei den speziellen Verbrechen in der Bedeutung, wie es § 50 vorschreibt, berücksichtigt.

Wenn wir zunächst die Umstände zu bestimmen versuchen, welche nach dem Gesetze eine straferhöhende Wirkung auf kriminelle Handlungen ausüben, so kommen in Betracht:

1) Die Eigenschaft eines Beteiligten als Untertan eines bestimmten Landesherrn (vgl. besonders §§ 80, 94, 95—97 St.G.B.)

[1]) Vgl. Borchert, d. strafrechtl. Verantwortlichk. f. Handlungen Dritter. S. 34. Krug a. a. O. S. 75. Büll, d. Einfluss persönl. Verhältn. auf Tätersch. u. Teiln. S. 42. Redslob: a. a. O. S. 12.

[2]) Grundr. S. 141.

Im § 81 Nr. 1 ist der Hochverrat desjenigen, welcher es unternimmt einen Bundesfürsten zu töten, mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bedroht; dagegen straft § 80 den Mord und den Versuch des Mordes, welcher an dem eigenen Landesherrn oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Bundesstaates verübt wird, als Hochverrat mit dem Tode. Beiden Deliktsfällen liegt absolut die gleiche Verbrechenstat, Tötung oder Versuch der Tötung eines Monarchen, zu Grunde, (wenn auch „Unternehmen" (§ 82) weiter als Versuch geht), das persönliche Verhältnis des Täters zum Landesherrn gibt jedoch dem Charakter der hochverräterischen Handlung des § 80 eine straferhöhende Schwere. In diesem Falle verpflichtet die Stellung als Untertan oder Aufenthaltsmitglied des Staates, dessen Schutz man geniesst, in besonderem und gesteigertem Masse zur Treue dem Herrscher gegenüber, zur Anerkennung und Erhaltung der sich im Landesherrn verkörpernden Staatssicherheit, des in ihm vertretenen gesamten Staatswillens. Die strafrechtliche Schuld, welche dem Hochverrat gegen die geheiligte Herrscherperson des Monarchen zu grunde liegt, erscheint hier für den Handelnden, der sich in der bezeichneten Disposition befindet, daher erschwert und erhöht. Hier kann § 50 deshalb bei der Bemessung der Strafwürdigkeit des einzelnen Beteiligten seine volle Wirksamkeit entfalten. Haben mehrere bei Begehung eines Attentates gegen einen Bundesfürsten zusammengewirkt, so findet derjenige, der sich mit der Straftat gegen seinen eigenen Landesherrn bezw. zeitweiligen Landesherrn gewandt hat, mag er selbst Täter oder Teilnehmer gewesen sein, seine Bestrafung aus § 80, die beteiligten Mitglieder anderer Bundesstaaten dagegen aus § 81 Nr. 1 St.G.B.

Aus denselben Erwägungen heraus gilt der gleiche Grundsatz noch für weitere Delikte gegen Bundesfürsten. In den §§ 94—97 erscheint ebenfalls im Verhältnis zu den §§ 98—101 die Stellung des Schuldigen als Untertan bezw. zeitweiliger Untertan als ein die kriminelle Schwere der Tat und die Strafe erhöhendes Moment

wegen der durch das persönliche Untertanenverhältnis gesteigerten Pflicht zur Achtung und Ehrfurcht gegenüber der Stellung und der Person des eigenen Landesherrn, seiner Familie und des Regenten des Staates, dem man angehört. Auch hier wird daher bei Beteiligung mehrerer an einem solchen Delikte derjenige allein, bei welchem jenes persönliche Verhältnis vorliegt, gemäss § 50 nach dem strafrechtlich qualifizierten Verbrechen strafbar.[1])

2. Die Beamteneigenschaft in denjenigen Fällen, in welchen die Straftat für jeden strafbar ist, die Verübung durch einen Beamten aber straferschwerend wirkt; (sog. gemischte oder uneigentliche Amtsdelikte), insbesondere in den §§ 340—342, 347, 349—351, 354, 357 (Verbrechen und Vergehen im Amte), sowie in den §§ 1282, 1292, 2222, 2302 St.G.B. Der Umstand, dass hier ein Beamter die Deliktshandlung begeht, die auch sonst für jeden den Tatbestand eines gemeinen Verbrechens ergibt, verleiht der Straftat einen straferhöhenden Charakter. Das erschwerende Moment liegt in der Verletzung der für den Beamten gesteigerten Pflicht zur Anerkennung der Rechtsordnung, in der Missachtung der besonderen Amtsdisziplin, zum Teil auch in der für ihn durch seine Beamtenstellung erleichterten Möglichkeit zur Verübung des Delikts durch Missbrauch seiner Amtsgewalt. Mehr wie jeder andere ist aus diesen Umständen der durch seine Berufsstellung ausgezeichnete Beamte zur Wahrung der Rechtsgüter verbunden, ihm gegenüber muss jede Übertretung der Strafvorschriften um so schwerer ins Gewicht fallen, seine moralische und kriminelle Schuld um so grösser erscheinen. Für ihn gilt daher nach dem Gesetze für gewisse Straftaten ein erhöhter, von dem allgemeinen abweichender Strafrahmen. Beteiligt er sich mit anderen Nichtbeamten an einem solchen Verbrechen, so entfällt für diese jeder Grund einer verschärften Verant-

[1]) Vgl. dazu Olshausen § 50 N 4. Oppenhoff eod. N 5. Rüdorff-St. eod. N 2. v. Liszt S. 540. Binding Grdr. S. 140. Borchert a. a. O. S. 36. Büll a. a. O. S. 18. Doerr: Der Einfl. persönl. Verhältn. auf d. Strafbarkeit d. Teilnahme, in Seuffert Bl. f. R. Anwdg. 71 Jhrg. Nr. 12. S. 350.

wortlichkeit und § 50 verhilft ihnen zu einer individuellen Strafbarkeitsberücksichtigung.[1]) Beteiligt sich also z. Bspl. ein Nichtbeamter an dem von einem Beamten als Täter ausgeführten Vergehen des § 340, der Körperverletzung im Amte, so wird er selbst nur wegen des zu Grunde liegenden gemeinen Vergehens der Körperverletzung (§ 223) zu bestrafen sein; die besondere Strafschwere der Tat, an der er sich beteiligt hat, mag dann bei der richterlichen Strafzumessung berücksichtigt werden.[2])

Auf ähnlichen Qualifikationsmomenten beruhend wirkt in gleicher Weise schulderschwerend und straferhöhend die Eigenschaft als Militärperson. Auch hier gibt bei den sog. gemischten oder uneigentlichen militärischen Verbrechen oder Vergehen, (vgl. z. Bspl. § 57 ff. 58, 81 f. 99. 121. M. St.G.B.), die durch die persönliche Stellung übernommene Berufspflicht des Schuldigen diesem eine über den Grad des gemeinen zu Grunde liegenden Delikts gesteigerte Strafwürdigkeit, während der beteiligte Nichtmilitär nur nach dem gewöhnlichen Strafrahmen des Verbrechens verantwortlich wird.[3])

3. Das Verhältnis von Abkömmlingen zu Verwandten aufsteigender Linie im Falle des Totschlags und der vorsätzlichen Körperverletzung (§§ 215. 223 Abs. 2 St.G.B.). Nehmen wir den Fall der Körperverletzung als Beispiel. Dem einfachen Tatbestande des Delikts als solchem liegt die widerrechtliche Störung der körperlichen Unversehrtheit eines anderen zu Grunde. Macht sich jedoch der Sohn dieses Vergehens gegen seinen Vater schuldig, so verleiht das Gesetz mit Rücksicht auf die besondere persönliche Beziehung des Täters

---

[1]) Vgl. Württembergisch. Gesetzgeb. Art. 404. Braunschweig § 252. Dagegen lex 9. Inst. de publicis iudiciis 4. 18.

[2]) Vgl. Doerr a. a. O. S. 350.

[3]) Vgl. zu diesem Punkte: Olshausen § 50 N 4. Oppenhoff-D. eod. N 5. Rüdorff-St. eod. N 2. Binding Grdr. S. 140. Berner Lehrb. S. 171. Borchert a. a. O. S. 37. Krug a. a. O. S. 60. Büll a. a. O. S. 19. Doerr a. a. O. S. 350. Klosak: „Welches sind d. persönlichen Eigenschaften u. Verhältn. im Sinne des § 50." S. 21. Otto: „Aphorismen z. Allgem. Teil d. St.G.B." § 50 N 1. Redslob a. a. O. S. 49 f. 58.

zum Verletzten der Straftat eine besondere rechtliche Natur. Hier steht dem Sohne durch das Verwandschaftsverhältnis ein Grundgebot der natürlichsten Sittlichkeit entgegen, welches ihm die Erhaltung des körperlichen Wohlbefindens der mit ihm durch das Blut Verbundenen auferlegt. Durch die Verletzung dieser ethischen Pflicht erhält sein verbrecherischer Wille eine besondere Gestalt, welche seine kriminelle Verantwortlichkeit bedeutend erhöht. Beteiligt sich ein Fremder an einer solchen sogen. Aszendentenkörperverletzung, so erhält seine Handlung nur den Charakter des ihr zu Grunde liegenden einfachen Tatbestandes, gleichviel, ob er das Verwandtschaftsverhältnis des Täters gekannt hat oder nicht,[1]) denn nur durch die Persönlichkeit des Täters hat das Delikt für diesen eine Beschaffenheit angenommen, die es in Rücksicht auf die Persönlichkeit des beteiligten Fremden nicht hat. Das Verhältnis des Fremden zur Tat und seine sich daraus ergebende Verantwortlichkeit kann nur die strafrechtliche Schwere einer einfachen Körperverletzung annehmen. Demnach findet der Täter seine Bestrafung aus § 223 Abs. 2, für die Bestrafung des Teilnehmers ist dagegen der 1. Absatz dieses Paragraphen massgebend. Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn ein Fremder als ausführender Täter eine einfache Körperverletzung (resp. Totschlag) begeht, an der sich ein Deszendent des Verletzten als Teilnehmer beteiligt.[2])

---

[1]) Nach l. 6. Dig. de parricidiis 48,9 dagegen ist der conscius extraneus mit der schärferen Strafe des parricidium zu belegen.

[2]) Vgl. dazu Motive S. 66. Olshausen § 50 N 4. Oppenhoff-D. eod. N 5. Rüdorff eod. N 2. Frank eod. N 1. v. Liszt S. 233 u. 310. Binding Grdr. S. 140. Geyer in Holtzendorffs Hdbch. II. S. 367. Doerr a. a. O. S. 351. Büll a. a. O. S. 18. Katzenstein: „Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Rechte," in d. Zeitschr. f. d. gesamt. Str. R. Wissensch. 24. Bd. 5/6 Heft S. 542. Redslob a. a. O. S. 59. Es findet sich jedoch auch eine entgegengesetzte Meinung vertreten, die auf jeden Fall die volle Schwere der Täterhandlung auf sämtliche Beteiligte ausdehnen will. Sie wird namentlich von Ortmann a. a. O. S. 394, jedoch von diesem ebenso wie von v. Buri: „Ueber Kausalität und Teilnahme" in Ztschr. f. d. ges. St. R. Wissensch. II. Bd. 1882. S. 295. nur de lege ferenda und von Krug a. a. O. S. 59 fg. 69. 73 vertreten und gründet sich darauf, dass sie die Delikte der §§ 215.

4. Das Verhältnis von Eltern zu ihren Kindern im Falle der Aussetzung. (§ 221 Abs. 2 St.G.B.)

Wie in den soeben erörterten Fällen liegt auch hier das strafschärfende Moment in der Verletzung des durch das persönliche Familienverhältnis begründeten Gebotes der verwandtschaftlichen Treue, in dem Zerreissen des durch Natur und Sittlichkeit um den Täter und die Person, welche er trifft, geschlungenen engen Bandes. Dieses die Straftat erschwerende Merkmal kann wegen seiner persönlichen Natur nur für denjenigen bei der Bestrafung Berücksichtigung finden, bei dem es zutrifft. Der § 50 findet deshalb mit Recht in diesem Falle volle Anwendung.[1])

5. Die Eigenschaft als Ehemann im Falle des durch die Novelle vom 25. Juni 1900 (in Kraft seit d. 13. Juli 1900) hinzugefügten sog. Zuhälterparagraphen. (§ 181a Abs. 2 St.G.B.)

Hier erhöht die grössere persönliche Abhängigkeit, in welcher die Unzucht treibende Frauensperson zu dem

---

223 Abs. 2 Str.G.B. nicht als durch persönliche Verhältnisse qualifizierte Tatbestände des Totschlags resp. der Körperverletzung ansieht, sondern als selbständig geartete, durch die Schwere ihres Erfolges sich auszeichnende Tatbestände. Sie muss bei consequenter Durchführung ihrer Ansicht das unbillig erscheinende Ergebnis zugeben, dass der Fremde, der sich an einem vom Sohne begangenen Aszendententotschlag beteiligt, strenger bestraft wird, als der Sohn, welcher Teilnehmer an einem derartigen von einem Fremden gegen seinen Vater begangenen Verbrechen ist. Vgl. dazu auch Geyer a. a. O. l. c.

[1]) Vgl. Olshausen § 50 N 4. Oppenhoff-D. eod. N 5. Rüdorff-St. eod. N 2. Binding Grdr. S. 140. Borchert a. a. O. S. 37. Büll a. a. O. S. 18. Doerr a. a. O. S. 352.

A. M. auch hier Krug a. a. O. S. 60, wiederum, weil er das straferhöhende Moment nicht als ein nur die Person betreffendes Qualifikationsmerkmal auffasst, sondern als ein zu der einfachen Aussetzung hinzutretendes kumulierendes Erfolgsmoment, welches er „in der Verletzung des staatlichen Interesses an der Erfüllung der elterlichen Erziehungspflicht und dem der Erfülluug dieser Pflicht entsprechenden Zustande“ sieht. Vgl. auch R. G. E. XXII. S. 53, wo mit Recht das in § 181 Nr. 2 St.G.B. bezeichnete Verhältnis von Eltern zu Kindern, als von dort strafbegründender Bedeutung von der Anwendbarkeit des § 50 ausgeschlossen ist.

ihr Gewerbe fördernden Manne steht, sowie die diesem gerade durch die Ehe auferlegte Pflicht zur Sittlichkeit die strafrechtliche Schuld des Verbrechers und gibt der Straftat den erschwerenden Charakter. Für den fremden Teilnehmer kommt dieses Moment nicht in Frage, ihn trifft nur die Strafe des einfachen Vergehens (§ 181a. Abs. 1).[1])

6. Die Eigenschaft als Auftrags- und Vertrauensperson (§§ 121. 246 St.G.B.).

Durch diese Eigenschaft ausgezeichnet, muss der schuldige Täter besonders qualifiziert erscheinen; durch Annahme des ihm geschenkten Vertrauens hat er anerkannt und ist er verpflichtet, die Interessen und Rechtsgüter, welche ihm anvertraut sind, mit besonderer Gewissenhaftigkeit zu wahren; sein Delikt missbraucht das soziale Vertrauen. Der Bruch der Rechtsordnung erscheint daher für ihn um so verwerflicher, der Grad seiner Strafwürdigkeit höher als der jedes anderen Rechtsgenossen. So bleiben auch Anstifter und Gehilfen, welche den Täter zu seinem Verbrechen bestimmt und unterstützt haben, wenn seine Vertrauensstellung für sie ohne Einfluss ist, auch von der Erhöhung der Strafbarkeit unberührt. Die volle Anwendbarkeit unseres § 50 im Interesse der Billigkeit tritt hier hervor.[2])

Damit ist unseres Erachtens die Zahl der dem Sinne und dem Willen des Gesetzes nach für die Wirksamkeit des § 50 in Betracht kommenden straferhöhenden persönlichen Momente unseres Strafgesetzbuches erschöpft. Wir haben gesehen, dass die Bedeutung der genannten Eigenschaften und Verhältnisse für eine individuelle Berücksichtigung bei der Bestrafung der Mitwirkenden fast unstreitig feststeht. Doktrin und Praxis gehen jedoch, allerdings unter grosser Gegnerschaft, in der Normierung von Umständen, wie unsere Bestimmung sie im Auge haben soll, noch weiter.

---

1) Vgl. Büll a. a. O. S. 18. Redslob a. a. O. S. 59.

2) Vgl. Doerr a. a. O. S. 351. Redslob a. a. O. S. 60.

Es ist besonders der Rückfall, dessen Stellung in dieser Beziehung sehr bestritten ist.

Die einschlägigen Paragraphen, die den Rückfall straferhöhend berücksichtigen, sind die §§ 244. 250 Nr. 5. 261. 264. 362 Abs. 2 St.G.B. In allen diesen Fällen hat das Gesetz für denjenigen, welcher das gleiche Delikt trotz vorangegangener Bestrafung zu wiederholten Malen begeht, straferschwerende Bestimmungen gegeben. Das strafrechtliche Wesen des Momentes des Rückfalles muss jedoch eine andere Beurteilung finden als die Natur aller bisher erörterten Umstände. Begeht jemand einen Diebstahl, trotzdem er bereits wegen eines solchen Deliktes bestraft worden ist, so unterscheidet sich der zweite oder dritte Diebstahl in der Grösse des begangenen und zu ahndenden Unrechts durch nichts von dem ersten gleichen Vergehen; die Rechtsordnung ist durch den rückfälligen Dieb nicht schwerer verletzt, das Rechtsgut hat für ihn keine höhere Bedeutung. Der Grund der schwereren Bestrafung liegt allein in der grösseren individuellen Schuld, in der grösseren Gefährlichkeit des Rückfälligen als verbrecherischen Subjekts. Der wiederholte Diebstahl lässt seine Person absolut verwerflicher erscheinen und zwecks Beseitigung der ihn ihm liegenden rechtswidrigen Triebfeder, nicht wegen des jetzt begangenen Diebstahls, erscheint eine eingreifendere Bestrafung notwendig. Nur der Schuldige erscheint besonders strafwürdig, der rechtliche Charakter der Straftat selbst und ihre durch diesen bedingte Schwere wird dadurch nicht berührt. Deshalb verlangt schon selbst die Durchführung des strengen akzessorischen Grundsatzes, dass die Teilnehmer an diesem zweiten oder dritten Diebstahl nur nach der Schwere dieses Delikts, also nach dem einfachen Strafrahmen, verantwortlich sind; eine besondere Vorschrift durch § 50 wäre für diese nach der Bedeutung des Rückfalls selbstverständliche und natürliche Folgerung nicht erforderlich gewesen. Dieses Resultat ergibt auch ein vergleichender Hinweis auf unsere obigen allgemeinen Auseinandersetzungen. Der Rückfall ist eben einer von jenen ganz subjektiven, nur die Person des Schuldigen berührenden

Umständen, die wir nach dem gesetzlichen Grunde und der Absicht des § 50 für die von ihm umfassten Umstände ausser Betracht lassen zu müssen glaubten.[1])

Eine ähnliche Stellungnahme in der Frage der Zugehörigkeit zu den Tatumständen des § 50 wie der Rückfall finden die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit. Die Gewerbsmässigkeit kommt straferhöhend in Betracht bei dem unberechtigten Jagen (§ 294 St.G.B.) und gewissen Übertretungen des Bankgesetzes vom 14. März 1875 § 75. Die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit bei der Hehlerei (§ 260 St.G.B.) und dem Kreditwucher § 302 d. St.G.B.) Wir werden auch hier versuchen, die Bedeutung, in welcher das Gesetz die in Rede stehenden Umstände auffasst, zu prüfen, um dadurch zu einer richtigen Beurteilung zu kommen.

---

[1]) Unserer Ansicht auch Olshausen § 50 N 3. Berner Lehrb. S. 171. Schwarze: Comment. z. St.G.B. S. 208. Geyer im Holtzend. Hdbch. II. S. 365 u. IV. S. 163. Hälschner Dtsch. Str. R. I. 439 N I. 550. Schütze Lehrb. S. 147 (jedoch mit einem ?), Büll a. a. O. S. 22 Vgl. auch Krug a. a. O. S. 50. 65. Gretener im Ger. S. Bd. 67. S. 111. Redslob a. a. O. S. 68. Die entgegengesetzte gemeine Meinung erkennt den Rückfall als höchstpersönlichen Umstand an, glaubt aber, dass auch diese Eigenschaften unter § 50 fallen. Vgl. dazu Oppenhoff-D § 50 N 5. Rüdorff-St. eod. N 2. Frank eod. Nr. II. v. Liszt S. 233. H. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191 N 40. Otto a. a. O. § 50 N 2. Ortmann a. a. O. S. 391. Doerr a. a. O. S. 350. Borchert a. a. O. S. 34. N 5. 37. Vgl. auch die diese Ansicht unterstützende Sondervorschrift des Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 § 149 Abs. 2. „Die für den Rückfall bestimmte Strafe trifft nur diejenigen Teilnehmer einer Kontrebande oder Defraudation, welche sich selbst eines Rückfalls schuldig gemacht haben." Vgl. auch Herzog „Zur Lehre von der Teilnahme nach §§ 47—50 St.G.B." in Allgem. Dtsch. Str. R. Ztg. 12. Jahrg. S. 220 ff., der sich im Prinzip bezgl. der höchstpersönlichen Eigenschaften in unserem Sinne entscheidet, den Rückfall aber (S. 225) als keinen derartigen Umstand ansieht, sondern „als ein charakteristisches Akzidens, das in und mit gewissen Verbrechensgattungen zu einem besonderen Tatbestande verschmilzt," und ihn daher dem § 50 unterwirft. Dieser vorherrschenden Ansicht sich anschliessend auch das R. G. in E. II. 261. IV. 184. XXIII. 378.

Im praktischen Ergebnis stimmen natürlich beide Meinungen überein. Abweichend dagegen Binding Grd. S. 140. (Rückfall sei eine Handlungs-, keine persönliche Eigenschaft.)

Das Wesen der Gewerbsmässigkeit liegt darin, dass der Täter in dem Willen, sich aus der wiederholten Verübung des Deliktes eine dauernde Erwerbsquelle zu machen, aus Eigennutz das Verbrechen begeht; bei jeder in dieser Absicht begangenen Straftat der hervorgehobenen Gattung unterliegt er einem verschärften Strafrahmen. Aber auch hier nicht deshalb, weil das Delikt an sich ein anderes geworden wäre, sondern die erhöhte Strafbarkeit des Täters findet hier ihre Rechtfertigung in dem besonderen, auf unbestimmte Fortsetzung des Verbrechens gerichteten Willen und in dem den Täter bestimmenden Beweggrunde. Nicht die begangene Straftat hat eine grössere strafrechtlich Schwere erlangt, sondern nur der Täter unterliegt wegen der Gefährlichkeit seines verbrecherischen Charakters einer schärferen Beurteilung. Deshalb widerspräche es völlig dem Wesen der Teilnahme, wollte man dieses straferhöhende Moment auch auf die anderen an dem einzelnen Verbrechen Beteiligten ausdehnen. Die Mitschuldigen werden nur von der Schwere der Straftat ergriffen, sie sind unabhängig von einer rein individuellen erhöhten Strafwürdigkeit des Täters. Hat allerdings auch der Teilnehmer gewerbsmässig gehandelt, oder hat nur er allein gewerbsmässig gehandelt, nicht aber der Haupttäter, so wird gegen ihn ebenfalls die Straferhöhung Platz greifen müssen; das erfordert der Grund und der Wille des Gesetzes. Aber auch hier war, um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, nicht eine Anwendung des § 50 notwendig, sondern die natürliche Beurteilung des in Rede stehenden Umstandes musste uns dazu führen. Deshalb lehnen wir es auch ab, die Gewerbsmässigkeit als eine unter die notwendig gewordene Ausnahmevorschrift des § 50 fallende persönliche Eigenschaft aufzufassen.

Dasselbe, was wir eben betreffs der Gewerbsmässigkeit ausgeführt haben, gilt auch von der Gewohnheitsmässigkeit. Denn die Bedeutung und die Absicht, in welcher das Gesetz dieses Moment als straferhöhend aufgefasst hat, liegt darin, dass es durch strengere Bestrafung die geschwundene Widerstandskraft des Ver-

brechers wiederherstellen und die ihm zur Natur gewordene rechtswidrige Gewohnheit unterdrücken will. Es ist deshalb selbstverständlich und dem Grunde des Gesetzes entsprechend, dass diejenigen Mitwirkenden, welchen dieser Hang zur Untat fehlt, die vielleicht zum ersten Male an diesem Delikt schuldig werden, von der erhöhten Strafe nicht betroffen werden. Der Tatbestand des Verbrechens stellt sich für alle Mitschuldigen als der gleiche dar, nur die strafrechtliche Entartung des Willens eines Einzelnen findet Berücksichtigung. Deshalb ist auch die Gewohnheitsmässigkeit keine Eigenschaft, welche § 50 besonders hervorheben müsste, um sie mit einer Wirksamkeit, die in ihrer Bedeutung selbst ruht, auszustatten.[1])

Weiterhin werden Merkmale dem § 50 zugerechnet, deren Einfluss auf die Tat und deren Beziehung zu dem Handelnden derart ist, dass hier ein Platzgreifen des von der Vorschrift vertretenen Prinzips zu einer Verwirrung und einem Verkennen der strafrechtlichen Natur jener Umstände führen muss.

So wird auch das Scheidungsmerkmal zwischen Mord und Totschlag für die Anwendbarkeit des Paragraphen in Anspruch genommen. Als Grundform der vorsätzlichen Tötung kennt unser Strafgesetzbuch den Totschlag (§ 212), wird dieses Delikt mit Überlegung ausgeführt, so erscheint dieser qualifizierte Tatbestand des Totschlags als Mord. Schon begrifflich wird es unmöglich sein, den Umstand der Ausführung mit Überlegung als eine persönliche Eigenschaft oder ein Verhältnis des-

---

1) Die gemeine Meinung ist bezglch. Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit anderer Ansicht. Vgl. Olshausen § 50 No. 4, § 260 No. 4. Oppenhoff-D. § 50 No. 5. Rüdorff eod No. 2. Frank eod No. II. v. Liszt S. 234. Finger Lehrb. S. 363. Borchert a. a. O. S. 37. Doerr a. a. O. S. 351. Büll a. a. O. S. 21. Auch vor allem konsequent das R.G. in E. IV. 1884. IX. 708. XXIII. 378. XXV. 266. XXVI. 3.

Unsere Ansicht teilt Schwarze a. a. O. S. 208 und Otto a. a. O. § 50 No. 2. Vgl. auch Krug a. a. O. S. 50, 65. Redslob a. a. O. S. 69f. Abweichend wiederum Binding Grdr. S. 140 (Handlungseigenschaften.)

jenigen, welcher die Tat begeht, anzusehen, aber besonders lässt der Charakter und die kriminelle Bedeutung jenes Merkmals nach dem Sinne und dem Willen des Gesetzes eine Anwendung des § 50 ausser Betracht kommen.

Ohne Zweifel beruht die Qualifizierung des Totschlags auch hier darin, dass sich die Schwere der strafrechtlichen Schuld des Täters, welcher das Verbrechen mit Überlegung ausführt, vergrössert. Aber das Wesen und die gesetzliche Auffassung dieses Qualifikationsmerkmals lässt keine Unterscheidung und Individualisierung für die Beteiligten zu, sondern allein das Verhalten des Täters bestimmt hier die grundsätzliche Schuld der Teilnehmer; das bei ihm vorhandene Schuldmoment muss auch von Anstifter und Gehilfen vertreten werden. Denn das Charakteristische in der Scheidung zwischen Mord und Totschlag liegt in der Art, wie sich die Denktätigkeit des Täters bei der Ausführung der Tat verhält; die Bedeutung des „mit Überlegung ausführen" ist ein planmässiges Überdenken der Ausführung der Tat, ein nach dem Tatentschluss stattfindendes verstandesmässiges Erwägen der Mittel, des Ortes, der Gelegenheit und des Erfolges der Tat, eine planmässige Ausgestaltung des konkreten Tatverlaufs.[1]) Der Mangel oder das Vorhandensein einer bedachten Veranstaltung der konkreten Tat entscheidet. So liegt denn also das den Charakter des Verbrechens qualifizierende Moment im Stadium der Ausführung der Tat. Dieser drückt aber allein das Verhalten und Handeln des Täters den Stempel auf. Soweit auch Anstifter und Gehilfe tätig werden, können sie die Ausgestaltung und Ausführung des Deliktes doch nicht beeinflussen; sie müssen sich bewusst sein, dass in diesem Teile der Verbrechenstat allein der Täter Führung und Leitung übernimmt. Wie der Täter das Verbrechen ausgestaltet, so müssen sie es selbst verantworten; alle im Stadium der Ausführung vom Täter gelegten Schuldmomente werden

---

[1]) Vgl. dazu Katzenstein a. a. O. S. 516ff.

auch den Teilnehmern gemeinsam, hier ist keine individuelle Berücksichtigung möglich.[1])

Handelt der Täter daher ohne Überlegung, so ist überhaupt kein Mord begangen und es ist nicht möglich, Anstifter und Gehilfen nach Massgabe dieses Verbrechens verantwortlich zu machen, selbst wenn sie ihre Tätigkeitsakte mit Überlegung ausführten.

Und hat andrerseits der Täter mit Überlegung getötet, so umfasst die qualifizierte Tötung alle, welche daran beteiligt waren; dass Anstifter und Gehilfen ohne Überlegung handelten, kommt nicht in Betracht.[2])

Hat der Täter die Tötung vorsätzlich auch mit Überlegung ausgeführt, so ist der Gehilfe dennoch nur wegen

---

[1]) Es findet sich noch eine andere Lehrmeinung über die Auffassung des Scheidemerkmals zwischen Mord und Totschlag. Diese Gruppe, welche sich an Wachenfeld (d. Überlegung im Mordbegriff. Götting. Diss. 1887) anschliesst, sieht das Entscheidende darin, dass der die Tat mit Überlegung ausführende Mörder erst nach einem Kampfe der widerstreitenden, zur Tat treibenden und von ihr zurückhaltenden Motive zu dem Tatentschluss kommt, dass er, „die allgemeinen unser gesamtes Verhalten beherrschenden Vorstellungen der Religion, der Sittlichkeit, des Rechts, der Klugheit" (v. Liszt S. 308) erwog und trotzdem mit Bedacht zu seinem Entschluss kam.

Diese Auffassung beeinflusst natürlich auch die Frage nach der Wirksamkeit jenes Momentes auf die Teilnehmer; sie kann u. E. zu einem anderen Ergebnis als dem unsrigen führen.

[2]) Ebenso Olshausen § 50 No. 5a. (die Überlegung sei ihrer Natur noch nicht dauernd, somit keine persönliche Eigenschaft); Oppenhoff-D. eod. No. 2. Rüdorff-St. eod. No. 4. Frank § 211 No. II. Otto § 50 No. 5. H. Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 191 No. 40. Merkel Lehrb. S. 307 u. Holzend. Rechtslexik. Art. Mord. Binding Grdr. S. 140. Geyer in. v. Holtzend Hdbch. II. 364 u. IV. 162f. (Doch nur de lege lata), Doerr a. a. O. S. 347 (aber auf Grund der irrtümlichen Annahme, dass es sich bei Mord und Totschlag um zwei verschiedene Deliktsarten handele). Katzenstein a. a. O. S. 533 fg. Büll a. a. O. S. 24. A. M. Ortmann a. a. O, S. 291f. (welcher die Überlegung als eine subjektiv-persönliche Eigenschaft ansieht), v. Liszt S. 308, 334. Hälschner I. S. 439 Anm. I. Berner Lehrb. S. 288, 516. Finger I. S. 363. Herzog a. a. O. S. 223. Krug a. a. O. S. 48f. 64. Klosak a. a. O. S. 25f. v. Buri: Über Kausalität und Teilnahme S. 295. Bauer: d. akzessorische Natur der Teilnahme S. 79. Redslob a. a. S. 67 N 2.

Totschlags zu bestrafen, wenn er um die Überlegung des Täters nicht wusste. (Eine Anstiftung kann hier nicht angenommen werden). In diesem Falle schlägt § 59 St.G.B. ein.[1])

Bei einzelnen Deliktstatbeständen erhöht sich die Strafbarkeit, wenn die Tat aus einem bestimmten Motive begangen worden ist. (Vgl. z. B. §§ 133 Abs. 2 169 St.G.B.)

Bezüglich der Zugehörigkeit dieses Momentes zu den Umständen des § 50 herrscht gleichfalls Verwirrung. Jedoch auch hier muss es begrifflich unmöglich erscheinen, das Motiv als eine persönliche Eigenschaft oder ein Verhältnis aufzufassen. Aber auch die strafrechtliche Bedeutung dieses Merkmals verbietet insbesondere eine solche Beurteilung. Denn wo das Strafgesetz das Vorliegen eines Motives bei der Tat berücksichtigt, gibt dieses Moment nicht nur der zu Grunde liegenden Straftat einen ausgezeichneten Charakter, sondern zu dem Tatbestande dieses Deliktes hinzutretend, verschmilzt es mit diesem und wird zu einem selbständigen Merkmale des subjektiven Tatbestandes des Verbrechens. Als ein solches muss der Täter es zwar verwirklichen, wenn die Straferhöhung auf ihn Anwendung finden soll, für Anstifter und Gehilfen ist es jedoch ganz ohne Einfluss, ob sie von diesem Motive bei ihrer Mitwirkung zur Tat geleitet wurden; der Zweck ihrer Betätigung verbietet die Berücksichtigung.

Es würde daher dem Wesen dieser Teilnahmeformen widersprechen, wollte man diesem Momente nach seinem Vorliegen bei Täter oder Anstifter und Gehilfen eine individuelle Wirksamkeit zumessen.

Das Verhalten des Täters ist allein massgebend. Ist das Delikt durch das beim Täter vorliegende Motiv qualifiziert, so wirkt die Erhöhung seiner Strafwürdigkeit auch gegen Anstifter und Gehilfen; ihre eigenen Beweggründe können aber, sofern sie bei dem ausführenden Täter fehlen, nicht eine grössere Schwere ihrer Strafhandlungen

[1]) Olshausen § 50 No. 5a. Frank eod. No. 2 u. § 211 No. II. letzt. Abs. A. M. Katzenstein a. a. O. S. 534.

herbeiführen. Nur für die richterliche Strafzumessung können sie ins Gewicht fallen.

Das eben Gesagte gilt in vollem Umfange auch für die auf einen bestimmten Erfolg des Deliktes gerichtete Absicht des Täters, soweit das Gesetz dieses Moment straferhöhend berücksichtigt. (Vgl. z. B. §§ 225, 235 St.G.B.)

Auch hier ist der Grad der Strafbarkeit des beim Täter zur Anwendung kommenden Strafgesetzes auch für Anstifter und Gehilfen unbedingt massgebend.[1])

Vereinzelt findet sich noch die Ansicht vertreten, dass § 50 auch dann Anwendung finden müsse, wenn das Gesetz die Tat strenger bestrafe, weil der Täter

a) zu einer Diebes- oder Räuberbande gehörte, (§§ 243 Z. 6. 250 Z. 2 St.G.B.), oder

b) als Rädelsführer (§§ 115, 125 St.G.B.), als Stifter, Vorsteher von Verbindungen (§§ 128, 129 St.G.B.), als Anführer (im Vereinszollges. v. 1896. § 146, 147. Sklavenraubges. v. 1895. § 1 Seemannsordng. v. 1902 §§ 101, 105 u. a.) das Delikt beging.[2])

Aber hierin liegt ebenfalls sowohl ein Verkennen des Willens der Vorschrift des § 50 als des Wesens jener Umstände.

Denn in den angeführten Fällen ist die Straftat nicht wegen eines in der Persönlichkeit des Täters oder seiner besonderen Disposition als Rechtssubjekt liegenden Momentes qualifiziert, sondern allein wegen der hervorragenden Stellung, die er bei Begehung des Deliktes einnimmt. Nicht seine Person, sondern die Gefährlichkeit seines Auftretens bei Verübung des Verbrechens, die kriminelle Schwere seines Tätigwerdens lassen seine

---

[1]) Olshausen § 50 No. 5b. Oppenhoff D. eod. No. 2. Rüdorff-St. eod. No. 4., Berner Lehrb. S. 516. H. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191 No. 40. Doerr a. a. O. S. 347. A. M. Krug a. a. O. S. 41 ff. 65. Finger I. S. 363. Klosak a. a. O. S. 26 ff. Redslob a. a. O. S. 51 ff.

[2]) Zu a. und b. Doerr a. a. O. S. 351. Redslob a. a. O. S. 62. Zu a. Oppenhoff § 243 No. 77. Olshausen eod. S. 48. Finger I. S. 363.

Schuld grösser, ihn strafwürdiger erscheinen. Solche Umstände will und kann § 50 nicht treffen, die erhöhte Strafbarkeit der Tat umfasst hier mit Recht auch Anstifter und Gehilfen.[1])

Damit beenden wir unsere Betrachtung über die Anwendbarkeit des § 50 auf die straferhöhenden Momente des Gesetzes. Wir schliessen die Begrenzung der Wirksamkeit jener Vorschrift ab, indem wir uns nun einer Prüfung solcher Umstände zu wenden, welche die Strafbarkeit einer Handlung vermindern.

§ 4.

Auch von dem im Gesetze erwähnten strafmindernden Merkmalen werden wir nur diejenigen dem § 50 zurechnen können, bei denen eine mit ihnen verbundene Verminderung der strafrechtlichen Schuld im Interesse der Billigkeit mit Berücksichtigung des Sinnes der Gesetzesbestimmung und des allgemeinen Prinzips der Teilnahme eine individuelle Strafherabsetzung möglich und notwendig erscheinen lässt. Wir werden daher auch hier die Bedeutung, in welcher das Gesetz den einzelnen Umstand auffasst, zu prüfen suchen, namentlich auch, ob bei ihm eine Loslösung der Schuld und Strafbarkeit der Teilnehmer von der des Täters zulässig und geboten ist.

1. Das Verhältnis der Mutter zum neugeborenen ausserehelichen Kinde. (§ 217 St.G.B.)

Die Straftat der vorsätzlichen Tötung des Kindes erhält durch die besonderen persönlichen Umstände, welche die Mutter zur Tat treiben und ihre Willenskraft brechen, einen milderen Charakter, der in einer geringeren Bestrafung der Täterin seinen Ausdruck findet. Der § 217 stellt ein dem allgemeinen vorsätzlichen Tötungsverbrechen des § 212 resp. § 211 gegenüber privilegiertes Delikt dar. Der krankhafte geistige und körperliche Zustand der Gebärenden, ihre hilflose Lage und die bei der Mutter des unehelichen Kindes gesteigerte Sorge um die Folgen der Niederkunft und den zukünftigen Unterhalt, die Furcht vor Schande, all die zur Tat treibenden besonderen Motive entschuldigen in gewissem Grade das

[1]) Vgl. Redslob a. a. O. S. 25 No. 1.

Verbrechen. Auch die Mutter hat sich gegen das geheiligste Rechtsgut, das menschliche Leben, vergangen, aber ihr krankhafter physischer und psychischer Zustand, der ihre Widerstandskraft und ihre Überlegung lähmt, lässt ihre strafrechtliche Schuld milder erscheinen, verbietet, sie die volle Schwere ihrer Tat fühlen zu lassen. Für alle anderen jedoch, welche an der Tötung des Kindes teilnehmen, verliert die persönliche aussergewöhnliche Notlage der Mutter Bedeutung und Wirksamkeit, für diese ist eine mildere Beurteilung ihrer Verantwortlichkeit weder gerechtfertigt noch erforderlich; sie alle, auch Anstifter und Gehilfe zu dem Verbrechen, finden daher ihre Bestrafung nach dem einfachen Tötungsverbrechen. Es ist deshalb, falls sich mehrere an dem Delikte beteiligt haben, eine Feststellung, ob die Kindsmörderin mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, notwendig, und davon hängt es ab, ob die Teilnehmer nach Massgabe des § 211 oder des § 212 strafbar sind.

Umgekehrt wird gemäss § 50 die uneheliche Mutter auch unbedingt dann nur nach § 217 zu bestrafen sein, wenn sie Anstifterin oder Gehilfin bei der Tötung ihres Kindes in oder gleich nach der Geburt durch einen dritten war. Dieser wiederum ist aus § 211 oder § 212 verantwortlich.[1])

2. Als strafmildernde Umstände im Sinne des § 50 sind ferner aufzufassen

I. Das Verhältnis des Zeugen oder Sachverständigen

a) zu einem Verbrechen oder Vergehen, wegen dessen er verfolgt werden könnte, (§ 157 Z. 1 St.G.B.)

b) zu der Person, zu deren Gunsten die falsche Erklärung abgegeben ist. (§ 157 Z. 2.)

[1]) So auch Olshausen § 50 No. 4 II. und 8. Oppenhoff-D. § 47 No. 17, § 50 No. 5, § 217 No. 16. Rüdorff St. § 50 No. 2. Frank § 217 No. III. v. Liszt S. 233, 312. Berner Lehrb. S. 161, 520. Binding Grdr. S. 140. Geyer in Holtz. Hdbch. II. S. 364, 368. Merkel Lehrb. S. 307 fg. Borchert a. a. O. S. 34 No. 2. S. 42. Katzenstein a. a. O. S. 562. Krug a. a. O. S. 47, 64. Doerr a. a. O. S. 352. Redslob a. a. O. S. 70. R.G.E. II. 153 u. v. 2. März 1881. Rechtsprechg. III. S. 93.

Dagegen Schütze Lehrb. S. 146 No. 12.

II. Das Verhältnis des Meineidigen oder desjenigen, der sich einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht hat, zu den Folgen seines Verbrechens. (§ 158 St.-G.-B.)

Das Vorliegen dieser Beziehungen führt mit einer Milderung der kriminellen Schwere des begangenen Meineids zu einer Herabsetzung des für das Verbrechen geltenden allgemeinen Strafrahmens. In dem ersten Falle ist es das eine Mal der seelische Notstand, in dem sich der Täter durch die drohende Gefahr einer Strafverfolgung befindet, das andere Mal der Konflikt zwischen der Pflicht, die Wahrheit zu sagen und der Pflicht, im Interesse eng verbundener Personen zu handeln, wodurch der verbrecherische Wille leicht hervorgerufen und gelenkt wird. Diese besondere Zwangslage, in der sich der Handelnde befindet, erklärt sein Vergehen, stellt es entschuldbarer dar und gibt ihm die bei seiner Bestrafung zum Ausdruck kommende privilegierte Gestalt. Doch nur demjenigen kann die gesetzliche Strafermässigung zu Gute gehalten werden, der sich in dieser Notlage zweier widerstreitender Gefühle und Pflichten befindet, nur seine Rechtsverletzung erscheint bis zu einem gewissen Grade verständlich und in milderem Lichte. Wir werden daher mit Anwendung des § 50 die im § 157 erwähnte Herabsetzung des für das Meineidsdelikt geltenden Strafrahmens nur demjenigen zu Statten kommen lassen, für den eine Zwangslage, wie sie die in Z. 1 u. 2 des § 157 bezeichneten Umstände mit sich bringen, vorliegt; das aber unterschiedslos für Täter und Anstifter oder Gehilfen. Denn, wenn auch die Fassung dieser Bestimmung nur die Vorschrift einer Strafermässigung für den Täter zu treffen scheint, so kann doch der Grund jener Strafminderung in gleicher Weise für einen Teilnehmer vorhanden sein. Auch Anstifter und Gehilfe können in gleich erklärlicher und entschuldbarer Weise gezwungen sein, um eine Bestrafung wegen einer früheren Missetat von sich abzuwenden oder im Interesse verwandter Personen, einen Zeugen oder Sachverständigen dazu zu bestimmen oder dabei zu unterstützen, dass er zu ihren

Gunsten eine falsche Erklärung mit seinem Eide bekräftigt. Auch diesen Teilnehmern kommt dann die vorgesehene Strafermässigung zu Gute.

Im gleichem Masse wie im eben behandelten Falle strafverringernd wirkt das im § 158 berücksichtigte Moment.

Der Widerruf der meineidigen Erklärung ist zwar kein strafmindernder Umstand, der sich schon aus den in der Persönlichkeit des Schuldigen liegenden Verhältnissen ergibt, sondern erst durch sein Tätigwerden wird er hervorgerufen, aber dieses Handeln stellt ihn ebenfalls in eine besondere persönliche Beziehung, die nach ihrer Bedeutung und namentlich deswegen, weil sie erst nach Vollendung des Delikts eintritt, von nur individueller Wirksamkeit sein kann. Durch denjenigen, welcher die Erklärung widerruft, „erscheint die geschehene Rechtsverletzung in ihren objektiven Folgen als aufgehoben“,[1]) er versöhnt gewissermassen wieder die durchbrochene Rechtsordnung durch sein Handeln und ihm gegenüber nimmt dadurch das Delikt eine Beschaffenheit an, die es in Beziehung auf die anderen daran beteiligt gewesenen nicht hat. Für alle anderen Mitwirkenden bleibt das Meineidsverbrechen in seiner vollen Schwere bestehen, diese erleiden die volle verwirkte Strafe. Auch hier hat die Durchführung des Prinzips des § 50 seine Berechtigung.[2])

---

[1]) Motive zu § 158.

[2]) Es wird allgemein anerkannt, dass die in §§ 157, 158 erwähnten strafmindernden Umstände dem § 50 zuzurechnen seien. Vgl. dazu Olshausen § 50 No. 4 IIa.—c. Rüdorff-St. eod. No. 2. Oppenhoff-D. eod. No. 5. Binding Grdr. S. 140. Krug a. a. O. S. 48. Doerr a. a. O. S. 349. Büll a. a. O. S. 18. Redslob a. a. O. S. 72. R.G.E. IV. S. 378 und XXII. S. 106.

Jedoch wird in Anlehnung an die cit. R.G.E. XXII. S. 106. von einigen Schriftstellern die Anwendung der Strafermässigung des § 157 nur auf den Täter beschränkt. Einen anderen, als dem Täter, namentlich dem Anstifter, sollen jene Strafermässigungsgründe nicht zu Statten kommen, auch nicht, wenn, wie im Falle § 157 Z. 1. die Angabe der Wahrheit durch den Täter gegen diesen Teilnehmer eine Strafverfolgung nach sich ziehen konnte. So Olshansen § 157 No. 5. Oppenhoff-D. eod. No. 3. Rüdorff-St. eod. No. 7. Doerr

3. Das im § 88 Abs. 3 St.G.B. erwähnte Verhältnis der früheren Zugehörigkeit zum feindlichen Heere ruft im Vergleich zu der im Absatz 1 des Paragraphen enthaltenen Strafbestimmung ein die Tat privilegierendes Moment hervor. Wie in dem behandelten Falle des § 157 ist es auch hier eine durch das Zusammentreffen entgegengesetzter Interessen hervorgerufene Zwangslage, die zu der milderen Beurteilung des Deliktes führt. Der Umstand, dass der Schuldige schon vor Ausbruch des Krieges im fremden Kriegsdienste stand und die damit übernommene Pflicht der Treue auch gegenüber der fremden Kriegsmacht tritt mit der Pflicht, dem eigenen Vaterlande zu dienen in Kollision. Diese Notlage stellt die Entstehung eines verbrecherischen Willens und die Gesetzesverletzung für diese Person in viel geringerer strafrechtlicher Schwere dar. Ihr kommt daher die Strafermässigung zu Statten, die anderen, welche bei dem Delikte mitwirkten und für welche jenes Privilegierungsmoment nicht gegeben ist, werden auch von einer Strafherabsetzung nicht berührt. Im Falle der Teilnahme wird § 50 voll anwendbar.[1])

Mit den bisher genannten Merkmalen sind alle strafmindernden Umstände des Strafgesetzbuches, welche § 50 seiner Eigentümlichkeit und seinem Willen nach umfasst, erschöpft.

Doch auch hier ist die Frage der Zugehörigkeit noch weiterer Umstände zu den Eigenschaften und Verhältnissen des § 50 streitig.

Es ist natürlich, dass dabei jene auch bei den straferhöhenden Momenten erörterte prinzipielle Meinungsverschiedenheit wiederkehrt, ob unsere Vorschrift sich auch auf die sog. „höchst persönlichen“ oder „subjektiv-persön-

---

a. a. O. S. 349 No. 40. Redslob a. a. O. S. 63ff. Unserer Ansicht im Text dagegen auch Frank § 157 No. I. 1. Hälschner d. gem. Dtsch. Str.R. II. S. 925. Binding Hdbch. I. S. 222.

Bezglch. des § 158 vgl. noch insbesondere R.G.Entsch. v. 12. Februar 1903 No. 267/03.

[1]) Vgl. Krug a. a. O. S. 48. Doerr a. a. O. S. 349. Redslob a. a. O. S. 62.

lichen" Eigenschaften und Verhältnisse beziehe oder nicht. Als eine Eigenschaft dieser Art erscheint das jugendliche Alter und wird wegen seines strafmindernden Einflusses im § 57 St.G.B. verschiedentlich für die Wirksamkeit des § 50 in Anspruch genommen. Es ist klar und unbestritten, dass die Jugend eines Verbrechers die objektive Gestalt des vorliegenden Delikts in keiner Weise verändern kann, sondern lediglich den Schuldigen individuell berührt. Eine solche Bedeutung dieses Umstandes verbietet aber nach dem Willen und der Sonderstellung des § 50 seine Zugehörigkeit zu dieser Vorschrift. Im Falle der Teilnahme bringt es schon das Wesen jenes Momentes mit sich, dass es nur zu Gunsten desjenigen Beteiligten wirken kann, bei dem es vorliegt.[1])

Bestritten ist auch, ob unsere Bestimmung auf den Fall der sog. mildernden Umstände Anwendung zu finden hat. Das Gesetz lässt nicht erkennen, welches Wesen und welche Bedeutung nach seiner Auffassung diesen Umständen zukommt, ihre Wirksamkeit ist nur im gegebenen Falle ein mildernder Einfluss auf die Ausmessung der Strafe. Keineswegs ist gesagt und anzunehmen, dass nur dann oder immer dann mildernde Umstände vorliegen, wenn die Person oder persönliche Beziehungen des Handelnden eine Herabsetzung der Strafe angemessen erscheinen lassen. Auch Momente, welche allein durch die objektive Beschaffenheit der Straftat gegeben sind, können das Delikt in einer Eigenart erscheinen lassen, dass die Zubilligung mildernder Umstände angebracht ist. Schon hiernach ist es unmöglich, diese Merkmale in ihrer Allgemeinheit dem § 50 einzureihen. Aber

---

[1]) So auch Olshausen § 50 No. 3. Frank eod. No. II. Hälschner, d. gem. Dtsch. Str.R. I. S. 438. Berner Lehrb. S. 171. Schütze Lehrb. S. 147. Herzog a. a. O. S. 221. Geyer Holtzend Hdbch. II. S. 365. Büll a. a. O. S. 39.

A. M. Oppenhoff-D. § 50 No. 5. Rüdorff-St. eod. No. 2. H. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191 Anm. 40. v. Liszt S. 233. Binding Grdr. S. 140. Otto a. a. O. § 50 No. 2. Borchert a. a. O. S. 37. Doerr a. a. O. S. 348.

Im Resultat der individuellen Berücksichtigung des Umstandes stimmen beide Ansichten natürlich überein.

auch die Art, wie die mildernden Umstände zur Wirksamkeit gelangen, verbietet es, die Vorschrift auf sie auszudehnen. Praktisch kennzeichnen sie sich dadurch, dass der Richter im Einzelfall für den Täter, oder, sollten mehrere an dem Verbrechen beteiligt gewesen sein, für jeden Schuldigen ihr Vorliegen prüft und sie dann in der Anwendung eines ermässigten Strafrahmens zur Geltung bringt. Die Zuerkennung mildernder Umstände gehört allein dem Gebiete der Strafzumessung an und darin liegt schon, dass nur derjenige, bei dem Milderungsgründe etwa in Betracht kommen, eine dem konkreten richterlichen Ermessen überlassene milde Berücksichtigung erwarten kann. Werden sie z. B. bei Anstifter oder Gehilfen als vorliegend erachtet, so kommt diesen das Gesetz mit dem speziellen milden Strafrahmen zu statten, während den Täter eine Bestrafung nach dem für die Tat geltenden ordentlichen Strafrahmen trifft. Hierfür erscheint aber ein Eingreifen der Sondervorschrift des § 50 nicht erforderlich.[1])

Das muss auch von dem im § 213 St.G.B. besonders hervorgehobenen Momente der Provokation zum Zorn gelten. Die Fassung dieser Bestimmung lässt klar erkennen, dass das Gesetz hier nur einen der von ihm sonst allgemein genannten mildernden Umstände hervorheben will. Liegt dieser angeführte mildernde Umstand vor, so hat der Richter den ermässigten Strafrahmen des Gesetzes auf jeden Fall anzuwenden, bei anderen Milderungsgründen bleibt es dem Gericht überlassen, ihr Vorhandensein zu prüfen und als mildernden Umstand zu berücksichtigen. Es entspricht dem Charakter dieses Momentes, dass sich an sein Vorliegen eine mildere Beurteilung der Strafwürdigkeit des Betroffenen knüpfen muss. Die strafrechtliche Bedeutung der Reizung liegt darin, dass der vom Getöteten provozierte Zorn und das aus ihm entspringende Rachegefühl des Täters die Festig-

---

1) So auch Olshausen § 50 N 2 β u. § 48 N. 30. Hälschner D. gem. dtsch. St. R. I. S. 438. Berner Lehrb. S. 171. Borchert a. a. O. S. 36. Herzog a. a. O. S. 224. Krug a. a. O. S. 48. Redslob a. a. O. S. 12. AM. Oppenhoff-D. § 50 N 5. Doerr a. a. O. S. 348.

keit seines Willens und die Sicherheit seiner Überlegung schwächt. Diese Beschränkung der intellektuellen Freiheit des Verbrechers[1]) verbietet es, seine Schuld nach der vollen Schwere des Delikts zu beurteilen, sie verlangt eine leichtere Ahndung seiner Straftat. Gäbe daher das Moment der Provokation dem einfachen Tötungsverbrechen eine privilegierte Deliktsgestalt, so würde allerdings die Anwendung des § 50 notwendig sein, um eine gerechte individuelle Wirksamkeit des Moments auf Täter und Teilnehmer hervorzurufen. Da jedoch, wie erwähnt, das Moment vom Gesetz nur als ein besonderer Fall der „mildernden Umstände" angesehen wird, so kommt damit seine Bedeutung nur für das Gebiet der Strafzumessung in Betracht und wird dem Richter vorgeschrieben, sein Vorliegen nur demjenigen Beteiligten bei der Ausmessung des Strafübels zu Gute zu halten, für den es gegeben ist. Die Zugehörigkeit des im § 213 hervorgehobenen Umstandes zu den Eigenschaften und Verhältnissen des § 50 ist ausgeschlossen.[2])

Wie zu den straferhöhenden, wird auch zu den strafmindernden Momenten, die § 50 im Sinne hat, das Motiv des Handelnden, so weit es für eine Strafermässigung von Bedeutung ist, hinzugerechnet. So die das Verbrechen des § 313 Abs. 1 leitende Absicht des Täters, sein Eigentum durch die verursachte Überschwemmung zu schützen im § 313 Abs. 2.

Für die Behandlung dieses Merkmales können wir auf unsere früheren Ausführungen verweisen und kommen auch hier zu dem Ergebnis, das das besondere Motiv des Anstifters oder Gehilfen nie von Belang sein kann, sondern, dass für diese bei ihrer Bestrafung § 313 Abs. 1 oder Abs. 2 in Betracht kommt, je nachdem der Täter die verlangte Absicht hatte oder nicht.

---

[1]) Mayer: Die schuldhafte Handlung. S. 189.

[2]) Vgl. Olshausen § 50 N 2 β u. § 213 N 2. Rüdorff-St. § 213 N 5. Herzog a. a. O. S. 224. Büll a. a. O. S. 23. 41.

AM. Oppenhoff-D. § 50 N 5. u. § 213 N 13. Borchert a. a. O. S. 37. Klosak a. a. O. S. 35. Doerr a. a. O. S. 348. Redslob a. a. O. S. 63.

§ 5.

In unseren bisherigen Darlegungen galt es Sinn und Anwendbarkeit des § 50 St.G.B. festzustellen. Mit Lösung dieser Aufgabe ist auch die Frage nach dem Einflusse persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme de lege lata in begrenztem Masse beantwortet. Die Begrenzung ist gegeben durch die Fassung der Gesetzesvorschrift, da diese eine Regelung nur insoweit bestimmt, als persönliche Umstände die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern. Der § 50 St.G.B. entscheidet nur, wie die persönliche Qualifikation eines Beteiligten die Strafschwere der Tat der übrigen Mitwirkenden beeinflusst. Die Frage jedoch ist offengelassen, was es für die einzelnen Teilnehmenden bedeutet, wenn die persönliche Beziehung eines von ihnen eine sonst strafrechtlich nicht in Betracht kommende Handlung erst zum Delikte erhebt oder wenn sie umgekehrt einer vorliegenden Straftat ihren kriminellen Charakter nimmt. Hier gilt es, nicht das Mass und die Grösse der Strafwürdigkeit der Einzelnen festzustellen, sondern zu bestimmen, ob überhaupt erst oder überhaupt noch eine Verbrechenstat und eine Strafbarkeit der Mitwirkenden durch das Wirksamwerden des persönlichen Umstandes vorliegt. Es handelt sich um die Frage nach dem Einfluss der sogen. strafbegründenden und strafausschliessenden persönlichen Verhältnisse.

Ihre Beantwortung ist von grösster Wichtigkeit für die vollständige Lösung des Problems der Anrechnung individueller Schuld und Berücksichtigung persönlicher Verantwortlichkeit bei der Bestrafung der Teilnahme. Hat es das Gesetz unterlassen, für diese Fälle leitende Vorschriften zu geben, so ist es Aufgabe der Wissenschaft, die vorhandenen Grundsätze im Geiste des Gesetzgebers auszugestalten und fortzubilden.

Bei denjenigen Tatbeständen, welche für die Existenz eines strafwürdigen Verbrechens das Vorhandensein besonderer sogen. strafbegründender Momente erfordern, wird diese Voraussetzung ihrer Deliktsgestalt zum grossen Teil dadurch gegeben sein, dass schon die Natur der

Straftat, die in der Art ihrer Begehung liegenden Merkmale für die Person des Handelnden das Vorliegen einer bestimmten Qualität notwendig machen, zum Teil wird der besondere rechtliche Tatbestand des Verbrechens, sein ihm vom Gesetz aufgedrückter Charakter eine besondere persönliche Disposition des Täters beanspruchen.

Unter den Umständen, welche durch die natürliche Beschaffenheit eines Deliktes zu seiner kriminellen Verwirklichung erfordert werden, ist die spezielle Geschlechtszugehörigkeit an erster Stelle zu nennen. Nur ein Mann kann Täter des Vergehens der Päderastie (§ 175 St.G.B.) sein, nur ein Mann kann den verbrecherischen Beischlaf an einer Frauensperson (§§ 176 Z. 3. 177. 179) unmittelbar vornehmen, da stets die männliche Sexualität Begriffsvoraussetzung dieser Straftaten ist.

In ähnlicher Bedeutung ist für einen Stummen die unmittelbare Begehung einer Verbalbeleidigung, für einen Blinden und Schreibensunkundigen die direkte Vollziehung einer Urkundenfälschung ausgeschlossen.

Wie steht es nun mit der Strafbarkeit einer Person, die sich an einem derartigen Delikte beteiligt, der jedoch die bestimmte vorausgesetzte körperliche Beschaffenheit fehlt? Für die Mittäterschaft bereitet die Beantwortung dieser Frage keine Schwierigkeiten. Denn der Mittäter steht der Tat in gleicher Weise wie der Alleintäter gegenüber, deshalb kann auch nur derjenige als Mittäter in Betracht kommen, dem auch als Alleintäter die Realisierung des Verbrechenstatbestandes physisch möglich gewesen wäre. Mittäterschaft einer Weibsperson am Vergehen der widernatürlichen Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts (§ 175 St.G.B.) z. Bspl. muss demnach ausgeschlossen erscheinen. Ist jedoch der Tatbestand des Deliktes so gestaltet, dass zwar die alleinige Ausführung des Verbrechens eine besondere körperliche Beschaffenheit voraussetzt, dass aber auch eine Person, der diese Qualität fehlt, eine Tätigkeit verüben kann, die als wesentliches Moment im Verbrechenstatbestande erscheint, so

wird hier eine Mittäterschaft auch für den nicht persönlich Ausgezeichneten möglich sein. So wird die Frau, welche eine andere zur Erduldung des Beischlafs mit einem Dritten durch Gewalt nötigt, Mittäterin an dem Unzuchtsverbrechen des § 177 St.G.B. (Fall 1) sein können.[1])

Schwerere Zweifel müssen jedoch auftauchen bei der Frage nach der strafrechtlichen Haftbarkeit solcher Personen, welche als Anstifter oder Gehilfe bei Begehung eines Deliktes mitwirken, das sie selbst wegen körperlicher Unfähigkeit nicht zur Entstehung hätten bringen können. Der Grundsatz des accessorium sequitur principale verlangt, dass sie nach dem durch den tauglichen Täter ausgeführten Verbrechen bestraft werden, trotzdem doch, hätten sie selbst diese Täterrolle eingenommen, von der Möglichkeit ihrer Bestrafung nie die Rede hätte sein können. Auch hierin liegt scheinbar eine Unbilligkeit, und wir werden entscheiden müssen, ob sich nicht auch in diesem Falle im Interesse der Gerechtigkeit eine Bestrafung der Beteiligten nach ihrem eigenen individuellen Verhältnisse zur Tat, eine Modifikation jenes strengen für Anstifter und Gehilfen geltenden Abhängigkeitsprinzips not-

---

[1]) Olshausen § 177 N 2 b. Oppenhoff-D. eod. N 3. Rüdorff-St. eod. N 2. Frank eod. N I. u. § 47 N VI. Hälschner D. gem. dtsch. St. R. I. S. 438. II. S. 223. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191. 196. Büll a. a. O. S. 151 (jedoch ist das von ihm angefürte Beispiel nicht richtig, da der zweite Fall des § 177 voraussetzt, dass der Täter selbst den bewusstlosen Zustand bewirkt hat). A. M. Meyer Lehrb. in früherer Aufl. S. 744. Otto a. a. O. § 47 N 6. Schütze Lehrb. S. 336. Dass ein körperlich Unfähiger durch die Gestalt der sog. mittelbaren Täterschaft zu einem solchen Verbrechen im Stande ist, unterliegt keinem Bedenken, denn hier ist ihm ja die Möglichkeit gegeben, zur Realisierung seiner Tat ein taugliches Mittel zu benutzen und den ihm selbst fehlenden körperlichen Zustand auszugleichen. Dieser Ansicht auch Frank I. Teil III. Abschn. III. 2. v. Liszt S. 220 N 3. Kohler: Studien aus d. Strafr. I. S. 131. Nagler: Teilnahm. am Sonderverbrech. S. 72. A. M.: mittelbare Täterschaft sei nur da möglich, wo der mittelbare Täter, der sog. intellektuelle Urheber, die Tat selbst unmittelbar ausführen könne, sind Olshausen Teil I. Abschn. 3. N 54. Borchert a. a. O. S. 106.

wendig macht. Dieses werden wir dann zuzugeben und zu verlangen haben, wenn die Beschränkung der Begehungsmöglichkeit des Deliktes auf Personen von bestimmten körperlichen Eigenschaften auch nur für diese so Qualifizierten die Existenz einer kriminellen Schuld für das vorliegende Verbrechen ergibt.

Aus der strafrechtlichen Natur der Fälle, die uns jetzt beschäftigen, geht nun hervor, dass bei ihnen die besondere körperliche Disposition nur für das Mittel der physischen Ausführung des Deliktes durch sein Wesen erfordert wird, der Grund ihrer Strafbarkeit jedoch nicht in dieser individuellen Beschaffenheit des ausführenden Subjekts, sondern in der Verletzung allgemeiner Gebote der Sittlichkeit und des Rechts liegt; sie beruhen auf Vorschriften, die sich im Interesse des Schutzes allgemeiner Rechtsgüter an die Allgemeinheit richten, deren Befolgung das Gesetz von jedem fordert, der überhaupt den Strafgesetzen unterworfen ist. So ist deshalb nicht nur derjenige, der zur unmittelbaren Begehung eines der genannten Unzuchtsverbrechen tauglich ist, verpflichtet, die darin geschützte geschlechtliche Ehre des Weibes zu achten, sondern an jeden Rechtsgenossen wendet sich die Strafdrohung, einen Jeden zwingt sie zur Anerkennung und Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung. Gegen diese lehnen sich aber Anstifter und Gehilfe auf, wenn sie dazu beitragen, dass ein anderer gegen ein gesichertes sittliches Interesse tätig wird, sei es, dass sie die verbrecherische Handlung selbst ins Leben rufen, sei es, dass sie ihre Ausführung durch Rat oder Tat unterstützen. Sie verletzen eine unbedingt auch für sie bestehende rechtliche Pflicht und begründen so ihre kriminelle Schuld unabhängig davon, ob sie zur Begehung des Delikts selbst physisch im Stande gewesen wären; die Beziehung ihrer Teilnahmehandlungen zum verbrecherischen Erfolge lässt dann ihre Bestrafung notwendig erscheinen. So macht sich die Weibsperson haftbar, die bei einer von einem Manne begangenen Notzucht hilft, ebenso diejenige, die einen Mann zur widernatürlichen Unzucht des § 175 anstiftet. Das Mass ihrer Strafbarkeit bestimmt sich nach

den üblichen Grundsätzen der §§ 48 Abs. 2 bezw. 49 Abs. 2.[1])

Grösser als die bisher erörterte Kategorie von Verbrechen, in denen die Natur des Tatbestandes eine bestimmte persönliche Eigenschaft des unmittelbaren Täters als Voraussetzung der Ausführbarkeit erfordert, ist die Anzahl der Delikte, bei welchen der Wille des Gesetzgebers für die Strafbarkeit der Handlung eine besondere rechtliche Beziehung des Täters verlangt. In dem Kreise dieser Fälle lässt sich wieder unterscheiden, ob nur die besondere rechtliche Konstruktion eines speziellen Tatbestandes zu seiner Verwirklichung eine bestimmte Disposition des Täters voraussetzt, oder ob das Gesetz sich von vornherein ausdrücklich mit der Strafvorschrift nur an Personen von bestimmter rechtlicher Beschaffenheit wendend, für diese besondere Deliktstatbestände bildet.[2])

Bei der ersteren Art ergibt sich die Unfähigkeit, die Straftat auszuführen, daraus, dass der konkrete Verbrechenstatbestand auf der Grundlage bestimmter Rechtsverhältnisse sich so aufbaut, dass nur das Subjekt, welches in dieser rechtlichen Beziehung steht, die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale mit strafrechtlicher Wirksamkeit herbeiführen kann, da eben dieses rechtliche Verhältnis die Tat erst zum Delikte stempelt. Hierher gehört das Eheverhältnis für das Verbrechen der Doppelehe und des Ehebruchs (§§ 171. 172 St.G.B.), das Verwandschafts- und Schwägerschaftsverhältnis für das

---

[1]) Vgl. Oppenhoff-D. § 48 N 4. Rüdorff-St. § 50 N 6. Puchelt: D. St.G.B. f. d. dtsch. Reich. § 48 N 5. Geyer in Holtzend. Hdbch. II. S. 366. 395. Herzog: „Zur Lehre v. der Teilnahme nach d. §§ 47—50 St.G.B." i. d. Allgem. dtsch. Strafr.-Ztg. XI. S. 271. Schütze Lehrb. S. 146 N 12. 154 N 18. Büll a. a. O. S. 52.

Aus § 50 St.G.B. kann man jedoch nicht mittels argumentum e contrario die Frage entscheiden, ob Anstifter oder Gehilfen überhaupt verantwortlich sind; § 50 regelt nicht das „Ob", sondern nur das „Wie" der Haftbarkeit, Voraussetzung seiner Wirksamkeit ist immer die Bejahung der Schuld- und Strafbarkeitsfrage an sich. Vgl. Nagler a. a. O. S. 97.

[2]) Nagler a. a. O. S. 2 unterscheidet rechtliche Unmöglichkeit der unmittelbaren Begehung in concreto und in abstracto.

Verbrechen der Blutschande (§ 173 St.G.B.). Zu einem strafbegründenden Tatumstand wird die Gewerbsmässigkeit und die Gewohnheitsmässigkeit bei der Kuppelei (§ 180), dem Glücksspiel (§ 284), beim Sachwucher (§ 302e), beim Münzverbrechen des § 150 St.G.B., die Geschäftsmässigkeit in § 144 St.G.B. Diese drei letztgenannten Momente treten ausserdem mit gleicher Wirksamkeit in einer Anzahl Reichsgesetze auf. Vergl. Börsenges. v. 22. Juni 1896 § 78; Reichsges. betr. d. Verwendung gesundheitsschädlicher Farben u. u. v. 5. Juli 1887 § 12 N 3; Postgesetznovelle v. 20. XII. 1899 Art. 3 u. a. u. a.

In allen diesen Fällen ist die Handlung irrelevant, wenn der Täter nicht die dem Tatbestande des Delikts zu Grunde liegende rechtliche Disposition besitzt. Auch für die Mittäterschaft werden wir zu gleichem Ergebnisse kommen müssen, da der Mittäter und die Möglichkeit seiner Strafbarkeit allein nach seiner eigenen Person, ohne Rücksicht auf die von seinen Tatgenossen ausgeführte verbrecherische Handlung zu beurteilen ist. So ist ein Nichtverwandter oder Nichtverschwägerter unfähig, Mittäter bei dem Verbrechen der Blutschande zu sein, eine Mittäterschaft eines Unverehelichten bei der Doppelehe kommt nicht in Betracht, ebensowenig, wie in den sonst aufgeführten Fällen derjenige Mittäter sein kann, dem die konkrete rechtliche Qualifikation fehlt.

Die Beantwortung der Frage nach der Verantwortlichkeit derjenigen, welche sich als Anstifter oder Gehilfen an solchen Delikten beteiligen, obwohl sie zur Täterschaft rechtlich untauglich wären, wird auch hier davon abhängeu, ob das die Tat zum Delikt erhebende rechtliche Verhältnis ein derart individuell wirkendes Schuldmoment begründet, dass eine Erweiterung der Wirksamkeit der Vorschrift vom Täter auf die Teilnehmer ausgeschlossen erscheinen muss. Es genügen jedoch wenige Beispiele, um zu zeigen, dass die strafrechtliche Schuld und damit die Strafbarkeit, die sich mit den in Betracht kommenden Verbrechen verbindet, auch hier nicht durch jene verlangte Disposition bedingt ist, sondern, dass sie von der

Tat selbst ausgeht, so dass sie alle zum Deliktserfolge in Abhängigkeit Stehenden umfassen muss. Bei der Doppelehe, der Blutschande, bei dem Verbrechen der gewohnheitsmässigen Kuppelei beispielsweise gründen sich zwar die Strafvorschriften auf dem hervorgehobenen konkreten Verhältnis des Täters; seine Beziehung als Ehegatte ist notwendig, um die zu Grunde liegende Tat zur Verletzung eines geheiligten sittlichen Gesetzes werden zu lassen, nur seine Stellung als Blutsverwandter macht seine Handlung zu einem Verbrechen gegen ein natürliches Gebot, nur in der gewohnheitsmässigen Vermittlung der Unzucht tritt die Gefahr des schändlichen Tuns für die sittliche Ordnung scharf zu Tage. So sind die erwähnten Qualifikationen des Täters zwar erforderlich, um die objektive Tat als kriminelles Unrecht zu charakterisieren, aber die so gestalteten Delikte erscheinen als allgemein strafwürdige Verbrechen. Nicht nur der Ehegatte, der gewohnheitsmässige Kuppler und die anderen Qualifizierten sind verpflichtet, die in jenen Strafvorschriften durch die Rechtsordnung geschützten Interessen zu achten, sondern jedem, der ihr unterworfen ist, ist die Verletzung dieser rechtlichen und sittlichen Güter schlechthin untersagt; die Wirksamkeit der Rechtsvorschrift wird von der konkreten rechtlichen Unfähigkeit, jene Verbrechen als Täter zu begehen, nicht beeinflusst. Stiftet ein Unverheirateter zum Ehebruch, eine andere Person zur Blutschande an, so verstossen diese gegen ein allgemeines, sich auch gegen sie wendendes gesetzliches Verbot, sie treten dadurch, dass sie den verbrecherischen Entschluss in dem qualifizierten Täter hervorrufen, in Beziehung zum verbrecherischen Erfolge und erscheinen so als strafwürdige Mitschuldige. Ebenso ist das Ergebnis für den Gehilfen. Ihre Strafe bestimmt sich nach §§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 St.G.B., vorausgesetzt, dass sie von der persönlichen Disposition des Täters Kenntnis hatten.[1]) Der Vollständigkeit wegen sei

[1]) Vgl. die in Anm. 1 S. 37 Genannten, ausserdem Herzog in Allg. dtsch. Str. R. Ztg. XII. S. 234. Oppenhoff-D. § 48 N 5. Kohler a. a. O. S. 139. Nagler a. a. O. S. 12. Borchert a. a. O. S. 135. R. G. E. XX. S. 12; XXXVI. S. 148.

auch noch die Sachlage erwähnt, in der auf Seiten der Teilnehmer das strafbegründende rechtliche Verhältnis vorliegt, jedoch nicht auf Seiten des Täters. Unter diesen Umständen kann von einer strafbaren Teilnahme nicht die Rede sein, da ja das Vorhandensein einer strafbaren Täterhandlung fehlt, und der Verbrechenstatbestand nicht verwirklicht ist. Dagegen ist es möglich, dass ein rechtlich nicht Qualifizierter als sog. mittelbarer Täter in Betracht kommt, indem er die ihm fehlende rechtliche Voraussetzung durch das Mittel einer geeigneten willenlosen Person ersetzt. Hat er die Realisierung des Deliktstatbestandes in seinen Willen aufgenommen und handelt er mit Tätervorsatz, so ist er als Täter anzusehen, wenn er auch die Ausführungshandlung durch einen anderen, der die verlangte Tauglichkeit besitzt, vornehmen lässt. Denn die Zerstörung des durch das Verbotsgesetz geschützten, in einem besonderen persönlichen Verhältnisse, dem er selbst fernsteht, zum Ausdruck gelangenden Rechtsguts erreicht er dadurch, dass er sich eines Subjektes, dem der Zugang zu dieser besonderen Beziehung möglich ist, als handelnden Werkzeugs bedient. Er führt den vom Gesetz unter Strafe gestellten Erfolg herbei und unterliegt der vollen Verantwortung dafür.[1])

Das Mass der Strafe der nicht qualifizierten Teilnehmer richtet sich grundsätzlich nach der Grösse der Strafe des Täters, für den die konkrete persönliche Beziehung erforderlich und vorhanden ist. Das Vorliegen dieser Disposition hat für die Ausmessung der Strafe der einzelnen Beteiligten keinen prinzipiellen Einfluss. Und doch verlangt auch hier jener allgemeine Gerechtigkeitsgrundsatz der individuellen Verschuldung eine billigere Berücksichtigung der Verantwortlichkeit des Einzelnen. Denn gerade dadurch, dass das Gesetz die Strafbarkeit der Tat an die Voraussetzung einer besonderen persönlichen Qualifikation knüpft, tritt die Bedeutung dieses

[1]) So auch Kohler a. a. O. S. 131. v. Liszt S. 220. N 3. A. M. Olshausen I. Teil 3. Abschn. N 5. Borchert a. a. O. S. 106, teilweise auch Frank I. Teil 3. Abschn. N III. 2. Oppler im Ger.-Saal LXX. S. 391.

individuellen Momentes scharf hervor. Das persönliche Verhältnis des Täters begründet für diesen hier eine besondere ethische Verpflichtung, er tritt in ein besonderes sittliches Pflichtverhältnis, dessen Verletzung seiner Tat die strafrechtliche Bedeutung verleiht. Der für das Delikt gegebene Strafrahmen wird jedoch dem Richter nicht genügend Raum lassen, bei der Strafzumessung die verhältnismässig geringere Schuld des Teilnehmers, der nicht in solchem Pflichtverhältnis steht, zu berücksichtigen.

Es wäre daher im Interesse jenes Gerechtigkeitsprinzips und, da dieses von § 50 St.G.B. zum Ausdruck gebracht ist, folgerichtig gewesen, hätte der Gesetzgeber dem Einflusse, den die zur Täterschaft erforderliche persönliche Qualifikation auf die Schwere der Schuld ausübt, durch Aufstellung eines neuen herabgesetzten Strafrahmens für die nicht qualifizierten Teilnehmer Rechnung getragen.[1])

§ 6.

Wir kommen nun zu der Klasse derjenigen Verbrechen, bei welchen das Gesetz ebenfalls die Täterschaft auf Personen von bestimmten rechtlichen Qualitäten beschränkt hat, bei denen jedoch dieses Erfordernis nicht aus der durch die persönliche Beziehung des Täters für das Delikt entstehenden Bedeutung und Gestalt, sondern daraus folgt, dass die Aufstellung der Straftat als solcher an und für sich das Deliktsmerkmal nur für bestimmte Einzelne ergibt. Hier sind nur Personen von bestimmter rechtlicher Disposition zur unmittelbaren Täterschaft fähig, weil sich der in der Strafvorschrift enthaltene Befehl des Gesetzgebers von vornherein nur an solche richtet. Diese Begrenzung wird bei einer Anzahl dieser Verbrechen schon durch die Grundlage, auf welcher sie sich aufbauen, natürlich bedingt. Es sind das diejenigen, welche auf einer Verletzung eines Sonderkreises der sozialen Interessen beruhen und notwendigerweise nur von solchen Rechtsgenossen begangen werden können, welche zu diesem Kreise Zugang haben.

[1]) Vgl. Hälschner, D. gem. dtsch. St. R. I. S. 439. Herzog a. a. O. S. 233 fg.

Diese Delikte fasst man unter der Klasse der Sonderverbrechen, delicta propria, zusammen. Es gehören dazu insbesondere diejenigen Straftaten, in denen die mit einem gewissen Stande oder Berufe verbundenen besonderen öffentlichen Pflichten zum Ausdruck kommen, sowie alle diejenigen überhaupt, denen von der Rechtsordnung für einzelne Klassen der Rechtsgenossen mit deren Stellung im Leben der Gesellschaft verbundene Sonderpflichten zu Grunde liegen. Die Reichsgesetzgebung kennt eine sehr grosse Anzahl hierher gehörender Verbrechen, was einleuchtet, wenn man bedenkt, dass sich auch mit den vielgestaltigen im Organismus des Wirtschaftslebens tätigen Berufen besondere Pflichten verbinden, welche bezügliche strafrechtliche Sondervorschriften zur Bedeutung gelangen lassen können.[1])

Vor allem sind hier zu nennen die Amtsverbrechen des St.G.B. und die Militärverbrechen des M.St.G.B., ausserdem aus dem St.G.B. die Delikte der Rechtsanwälte und Advokaten §§ 300, 352, 356, die der Geistlichen und Religionsdiener in §§ 130a, 174 No. 1, 181 No. 2, 338, der Ärzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und deren Gehilfen in §§ 174 No. 3, 278, 300, der Baumeister und Bauhandwerker in §§ 367 No. 15, der Feldmesser, Versteigerer und ähnlicher Berufe in § 266 No. 3, der öffentlichen Pfandleiher in § 290, der Geschworenen und Schöffen in §§ 138, 334, des Ausgewiesenen in § 361 Z. 2, der Kontrolldirne in § 361 Z. 6 u. a. u. a. Die Hervorhebung der speziellen Sonderstellung kennzeichnet den Kreis derjenigen Personen, welche das Delikt als unmittelbare Täter begehen können. Auch hier ergibt sich nun die wichtige Frage nach der Verantwortlichkeit desjenigen, welcher an einem solchen Verbrechen mitwirkt, selbst aber ausserhalb jenes Sonderkreises steht.

In der Form der Mittäterschaft muss seine Beteiligung unmöglich erscheinen. Denn da der Mittäter nur als ein in spezieller Form wirksam werdender Täter anzusehen

---

[1]) Vgl. den Katalog der Sonderverbrechen des Reichsrechts bei Nagler a a. O. S. 27—39.

ist, muss er, damit seine Handlung strafrechtlich relevant werde, diejenigen Eigenschaften besitzen, durch welche das Gesetz den kennzeichnet, welchem jene Sonderpflichten obliegen. Eine Person, der diese Qualität fehlt, ist wie als Alleintäter, so auch als Mittäter des delictum proprium ausgeschlossen.[1])

Grössere Schwierigkeiten tauchen auch hier erst bei der Frage nach der Strafbarkeit für die von der Täterschaft abhängige Form der Mitwirkung, für Anstifter und Gehilfen, auf. Die Lösung muss von der Prüfung abhängen, welche Bedeutung für den allgemeinen Kreis der Rechtsgenossen die Aufstellung von Sonderpflichten in der Strafvorschrift hat, ob die für den durch seine Stellung qualifizierten Täter im delictum proprium zu Grunde liegende kriminelle Schuld sich in ihrer Bedeutung und Schwere auch auf fremde nicht qualifizierte Beteiligte übertragen kann.

Die allgemeinen Verbrechen bauen sich auf einer Verletzung von Rechtsgütern auf, welche in ihrer Wichtigkeit jedes einzelne Mitglied der Gesellschaft umfassen und alle zur Anerkennung verpflichten müssen. Einem jedem erreichbar, der Betätigung des verbrecherischen Willens eines jeden überhaupt Deliktsfähigen ausgesetzt, machen diese Rechtsgüter im Interesse einer sozialen Kulturordnung Strafvorschriften notwendig, welche, sich an alle Gesetzesuntertanen wendend, diese mit gleicher Wirksamkeit verbinden und jeden, der gegen das geschützte Gut tätig wird, mit Strafe treffen. Diese Gemeinverbrechen sind Ausschreitungen gegen Institute und Be-

---

[1]) Das ist die herrschende Ansicht. Vgl. Olshausen § 47 N. 17. Oppenhoff-D. § 47 N. 17. Frank § 47 N. VI. Rüdorff-St. S. 718 N. IIa. v. Liszt S. 223 fg. Berner Lehrb. S. 171 N. 1. Ortmann a a. O. S. 392. Nagler a a. O. S. 79. Otto a a. O. § 47 N. 6. Büll a a. O. S. 51. Fr. Koppmann: „Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten". S. 8. Sonanini: „Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen". S. 19.

A. M. Puchelt a a. O. § 47 N. 10. v. Buri: „Über Kausalität und Teilnahme" in Ztschr. f. d. gesammt. St. R. Wissensch. II. S. 294.

ziehungen, deren Integrität eine natürliche Moral und das Recht im Interesse der Allgemeinheit fordern, die einen jeden verpflichten, da sie für jeden Einzelnen Rechts- und Kulturwert besitzen.

Anders die Sonderverbrechen. Das Wesen dieser Deliktsart besteht, wie schon gezeigt, darin, dass die Strafvorschrift nur für eine begrenzte, bestimmt bezeichnete Personengruppe aufgestellt ist; massgebend dafür ist, dass für diesen Kreis von Individuen durch ihre Sonderstellung im Rechtsleben Pflichten gegeben sind, welche sie von den anderen Genossen auszeichnen. Diese Pflichten wieder gründen sich darauf, dass die Staats- und Wirtschaftsordnung einer beschränkten Personenklasse Rechtsgüter überantwortet hat, welche nur diese Personen infolge ihrer besonderen Beziehung treffen können. Deshalb wendet sich das Strafgesetz auch nur an diese Gruppe der Rechtsgenossen und unterwirft ihren Kreis seinem Gehorsam. Ihre Strafbarkeit gründet sich darauf, dass sie zur Wahrung des speziellen, in ihre Hände gelegten Rechtsgutes verbunden sind; die Verletzung dieser Pflicht gibt dem Delikt seine Grundlage und seinen Charakter. Daher können sich auch nur solche Gesetzesuntertanen verantwortlich machen, welche diese Pflicht auf sich genommen haben. Personen, welche ausserhalb des bestimmten Personenkreises stehen, stehen auch dem speziellen Rechtsgute, dessen Schutz bezweckt wird, fern. An sie wendet sich daher das Gebot oder Verbot nicht, sie scheiden aus der Klasse derjenigen, welche zur Achtung des Sondergesetzes verbunden sind, aus. Wirken sie nun dazu mit, dass ein durch seine persönliche Beziehung rechtlich Verpflichteter den Verbrechenserfolg herbeiführt, so handeln sie vielleicht sittlich schuldhaft, rechtlich können sie jedoch nicht in Anspruch genommen werden. Wusste auch der extraneus, dass seine Tätigkeit zur Herbeiführung des Deliktserfolges mitwirke, und beruhte auch das geschützte Rechtsgut auf einem weitgehenden menschlichen Interesse, so fehlte doch immer der Strafvorschrift die allgemeine, sich gegen alle Rechtsgenossen richtende Tendenz, sie verpflichtete nur die

durch ihre spezielle Sonderstellung Ausgezeichneten. Dem extraneus gebot vielleicht eine allgemeine Untertanenpflicht im Interesse der Staatswohlfahrt nicht gegen das Rechtsinstitut tätig zu werden, rechtlich blieb er jedoch schuldlos. Die Verletzung des Rechtsguts als solchem ist für ihn gleichgiltig, denn ein Rechtsgut konnte es ja nur für jene sein, denen das Gesetz seinen Schutz zur Pflicht machte, indem es ihnen überantwortet wurde.

Wir kommen deshalb dahin, die Frage nach der Verantwortlichkeit derjenigen, welche sich am Sonderverbrechen beteiligen, die selbst aber nicht zu den persönlich Qualifizierten gehören, unbedingt zu verneinen. Insbesondere gilt dies auch für jene Sonderdelikte, welche bei der gegenwärtigen Frage als charakteristische Fälle genannt zu werden pflegen, für die Amts- und Militärverbrechen.

Für den Nichtbeamten wird die Teilnahme an einer Rechtsbeugung (§ 336 St.G.B.) durch einen Beamten ebensowenig zum Delikt, wie z. Bspl. für den Nichtmilitär die Beteiligung an dem Verbrechen der dauernden Entfernung eines Militärs aus der Dienststellung (§ 69 M. St.G.B.). Diese Konsequenz für die Teilnahme Dritter am Sonderdelikt ist für beide Arten der hier in Betracht kommenden Mitwirkung massgebend, für Anstiftung und Beihilfe.

Mit diesem Ergebnis verlassen wir keineswegs das im Strafgesetzbuch anerkannte Prinzip der Unselbständigkeit der Teilnahme, das für alle Fälle gelten muss, ausser denjenigen, die § 50 im Auge hat. Denn jener Grundsatz bestimmt nur die für die Strafbarkeit der Teilnahme wirkenden Regeln. Wir erkennen jedoch, dass eine strafrechtlich in Betracht kommende Teilnahme dritter am Sonderverbrechen überhaupt nicht denkbar ist; damit entfällt aber ein Wirksamwerden jenes für ihre Strafbarkeit aufgestellten Prinzips. Die Akzessorietät kann nur dann Anwendung finden, wenn im speziellen Falle die Frage nach dem Vorhandensein einer kriminell zurückzuweisenden Beteiligung bejaht ist. Dasselbe gilt auch für die Verbrechen, die auf ausserhalb des Strafgesetzbuchs stehenden Spezialgesetzen beruhen. Denn die allgemeinen

Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und damit die für die Teilnahme im allgemeinen geltenden Grundsätze finden auch für diese Spezialgesetze, insbesondere also für das Militärstrafgesetzbuch Anwendung (vgl. § 2. M. St.G.B.)[1])

Ebenso wie Anstiftung und Beihilfe ist auch die sogen. mittelbare Täterschaft eines dritten, der nicht Mitglied des Sonderkreises ist, beim delictum proprium ausgeschlossen. So kann z. Bspl. nicht ein Nichtbeamter durch Benutzung eines willenlosen Beamten ein Amtsverbrechen begehen. Denn das Wesen des Sonderverbrechens be-

---

[1]) Die Frage nach der Teilnahme am Sonderverbrechen gehört zu den bestrittensten der Strafrechtsliteratur. Sie wird fast durchgehend nur für die Fälle der sog. Standesdelikte, des Amts- und Militärverbrechens, entschieden. Wie auch wir von einer Beurteilung des Wesens des Sonderverbrechens ausgehend, kommen einige Schriftsteller zu gleichem Ergebnis: vgl. Kohler a. a. O. I. S. 134 u. „Deliktsteilnehmer u. persönl. Beziehungen" i. Arch. f. St.R. 51 Jhrg. S. 173 fg. Schwarze: Komment. z. St.G.B. S. 141. Fr. Koppmann a. a. O. S. 9 ff. S. 63. Vgl. auch Gretener im Ger. S. Bd. 67. S. 80 (Russ. St.G.B. 1903). Die herrschende Ansicht nimmt jedoch an, dass Anstifter und Gehilfe beim Sonderverbrechen, insbesondere beim Standesdelikt, auch dann strafbar sind, wenn sie selbst extranei sind. Vgl. Olshausen § 50 N. 2a, § 48 N. 20, § 49 N. 20. Oppenhoff-D. § 50 N. 3, § 48 N. 4. Rüdorff-St. § 50 N. 6. Frank § 48 N. III. 1, § 49 N. II. 6. Geyer in Holtz. Hdbch. II. S. 365 f. 395 f. Binding Grdr. S. 140. Handb. I. S. 185, 133. v. Liszt S. 235. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 191. Berner Lehrb. S. 169 ff. Merkel Lehrb. S. 148. Hälschner das gem. dtsch. St.R. I. S. 437. Herzog a, a. O. S. 225 ff. Borchert a. a. O. S. 19. 35. Otto a. a. O. § 48 N. 7. § 49 N. 7. Ortmann a. a. O. S. 394. v. Birkmeyer „Lehre von d. Teilnahme" S. 170. Coenders: „Strafrechtl. Grundbegriffe" S. 176 f. Nagler a. a. O. S. 89 ff., 113 ff. gibt eine erschöpfende Darstellung; er untersucht die Frage ebenfalls auf der Grundlage des Wesens des delictum proprium, ist jedoch der Meinung, dass die Strafvorschrift des Sonderverbrechens allen Rechtsgenossen verbindlich sei und den nicht zum speziellen Sonderkreise Gehörigen eine allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht auferlege.

Die Judikatur schliesst sich dieser herrschenden Ansicht an, sie stützt sich zum Teil auf die akzessorische Natur der Teilnahme, zum Teil auf das argum. e contrario aus § 50. Die Unrichtigkeit dieser Konsequenz für unsere Frage haben wir schon versucht, in unserer Darstellung festzulegen. Siehe R. G. E. VI. S. 7, 415. XV. S. 396 ff. XXV. S. 234. XXVII. S. 157 ff. XXXVIII. S. 417. XXXIX. S. 193. Johow Jahrb. d. Entschdg. d. Kammerger. XIV. S. 292 ff., 405 ff.

steht darin, dass der Täter eine durch seine eigene persönliche Beziehung zur Bedeutung gelangende Strafvorschrift verletzt. Ein ausserhalb dieser Beziehung Stehender kann aber das Gebot oder Verbot, das sich nicht an ihn wendet, nicht treffen. Sein auf Ausführung der Tat gerichteter Wille bleibt deshalb irrelevant; es ist ihm unmöglich, diesen so zur Tat umzusetzen, dass eine Verbrechensverübung in Betracht kommen könnte. Auch wenn er sich eines unfreien durch das Sondergesetz Verbundenen als Werkzeug zur Ausführung seiner Tat bedient, ist es ausgeschlossen, dass er eine persönliche Beziehung verletzt, von der er selbst nicht umfasst wird, und die Sonderstellung seines Mittels kann nicht auf ihn zurückwirken.[1])

Ist die Sachlage umgekehrt, d. h. ist wohl der Teilnehmer ein Mitglied des Sonderkreises nicht aber der Täter, so ist eine Verwirklichung des Sonderverbrechenstatbestandes nicht möglich, von einer strafrechtlichen Teilnahme daher nicht die Rede. In dem Falle jedoch, dass ein Qualifizierter sich eines dolos handelnden extraneus zur Ausführung eines Sonderverbrechens bedient, muss der Qualifizierte als mittelbarer Täter anzusehen und zu bestrafen sein. Der „Angestiftete" begeht kein Delikt, da ihm die notwendige Sonderstellung fehlt. Der durch die Strafvorschrift Gebundene hat jedoch bewirkt, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts dolos verwirklicht wurden, er kannte die Nichtverantwortlichkeit der Person, welche er benutzte und wollte den Erfolg der Tat als seiner eigenen. Er ist schuldhaft verantwortlich und, da das Geschehene auf seinen Willen als Ursache zurückzuführen ist, ist er als Täter des Sonderverbrechens anzusehen.[2])

Zweifellos ist es, dass sich ein Angehöriger des Sonderkreises eines dritten Willenlosen oder Unfreien

[1]) Vgl. Olshausen I. Teil 3. Abschn. N. 5. Frank I. Teil 3. Abschn. N. III. 2. Kohler a. a. O. S. 134. Borchert a. a. O. S. 106. Nagler a. a. O. S. 72. Oppler a. a. O. S. 392. A. M. v. Liszt S. 220 N. 3, 234. Finger Lehrb. S. 255.

[2]) Vgl. Nagler a. a. O. S. 69. R.G.E. XXVIII. S. 109. A. M. Frank I. Teil 3. Abschn. N. III. 2. Büll a. a. O. S. 57.

zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes eines delictum proprium bedienen kann und dass er dann als mittelbarer Täter anzusehen ist.

Bei den Sonderdelikten, die uns bisher beschäftigten, war die Begrenzung der Täterschaft auf einzelne Personen gegeben durch den natürlichen Charakter des Verbrechens als Straftat einer Sonderklasse. Neben diesen kennt das Gesetz auch Delikte, bei welchen an und für sich jedes Individuum ohne Rücksicht auf seine persönliche Stellung Täter sein könnte, bei denen aber die Strafvorschrift die dazu geeigneten Personen ausdrücklich auf einen bestimmten Kreis beschränkt. Hierzu gehört die Zuhälterei des § 181a. St.G.B., welche allein männliche Personen unter Strafe stellt, die Vergehen der §§ 296a., 297 St.G.B., ferner gehören dazu die Verbrechen des sog. militärischen Landesverrats (§§ 87—90 St.G.B.), welche auf deutsche Staatsangehörige eingeschränkt sind; § 91 gilt als Ausnahme.

Was nun die Teilnahme Dritter an diesen Delikten anbetrifft, so müssen für sie dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie bei den sog. Sonderverbrechen. Denn hier sind die bezüglichen Rechtsgüter ausdrücklich nur der bestimmt aufgeführten Gruppe von Rechtsgenossen als schutzwürdig bezeichnet worden, die Gesetzesvorschrift will sich nicht an die Allgemeinheit wenden, sondern verpflichtet, trotzdem einem Jeden die Verwirklichung des Tatbestandes an sich möglich wäre, nur einen bestimmten Kreis. Die diesem fernstehenden Rechtsgenossen sind nicht vinkuliert; so gut sie nicht Täter dieser Delikte sein können, vermögen sie auch nicht als strafwürdige Teilnehmer daran mitzuwirken. Eine rechtliche Schuld ist für sie ausgeschlossen, da sie das spezielle Gebot oder Verbot ausdrücklich von seiner Verbindlichkeit ausnimmt; damit entfällt aber für sie jede Möglichkeit einer Verantwortung.

§ 7.

Wie das Strafgesetz persönliche Umstände kennt, deren Vorhandensein Voraussetzung ist, damit überhaupt erst eine kriminelle Tat in die Erscheinung trete und

die Verantwortlichkeit des Handelnden begründet werde, so lässt es umgekehrt auch bestimmte persönliche Momente derart wirksam werden, dass durch diese die Strafwürdigkeit des Täters entfällt.

Unter diesen Umständen unterscheidet man zwischen solchen, bei deren Vorliegen die Handlung an und für sich den Verbrechenscharakter verliert und ein Strafanspruch des Staates überhaupt nicht mehr in Betracht kommt, den sog. sachlichen Strafausschliessungsgründen oder Schuldausschliessungsgründen, und solchen, bei welchen die Tat wohl den Deliktscharakter behält, welche jedoch für den Handelnden persönlich wegen seiner besonderen Qualifikation die Strafverfolgung beseitigen; letztere Umstände werden persönliche Strafausschliessungsgründe, von v. Liszt Straffreiheitsgründe genannt.

Auch hier wird die Frage brennend, in wie weit diese persönlichen Eigenschaften im Falle der Mitwirkung mehrerer an der Straftat die einzelnen Beteiligten beeinflussen. Es leuchtet ein, dass hierbei die beiden unterschiedenen Arten der in Rede stehenden Momente wegen ihrer teils objektiven, teils subjektiven Wirksamkeit eine getrennte Beurteilung finden müssen.

Wenn wir zunächst die zu den sog. Schuldausschliessungsgründen gehörenden persönlichen Umstände des Strafgesetzes zu begrenzen suchen, so kommt uns die Sprache des Gesetzgebers zu Hilfe. Der von dem Gesetze zur Kennzeichnung der Wirksamkeit dieser Momente gebrauchte Ausdruck lässt eine ähnliche Scheidung erkennen, wie sie die Wissenschaft aufgestellt hat.

In den §§ 51—54 werden vier Fälle behandelt, in denen, wie der Gesetzgeber sagt, eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist. Es sind dies die Fälle von mangelnder Zurechnungsfähigkeit, Zwang, Notwehr und Notstand.

Eine strafbare Handlung im Sinne des Strafrechts liegt vor, wenn diese Handlung einen staatlichen Strafanspruch begründet. Dazu ist notwendig einmal die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale einer speziellen

Tat des besonderen Teils des Gesetzbuches, vor allem aber als allgemeine Voraussetzung, dass der Täter schuldhaft und rechtswidrig gehandelt hat. Das Fehlen dieser allgemeinen Voraussetzungen berücksichtigt das Gesetz in jenen §§ 51—54 und sagt, dass dann eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei, d. h. dass ein staatlicher Strafanspruch für die Tat überhaupt nicht zur Entstehung gelange. Die Unzurechnungsfähigkeit des § 51 z. Bspl. schliesst jeden schuldhaften Willen aus und deshalb kann es zu einer Handlung im Rechtssinn überhaupt nicht kommen.

Die §§ 52—54 wiederum beseitigen die der Tat, wenn sie sich als Verbrechen darstellt, innewohnende Rechtswidrigkeit, die Handlung wird so unter den gegebenen Umständen rechtlich indifferent, weil rechtlich erlaubt.[1])

---

[1]) Das ist die herrschende Ansicht, die vor allem von Herzog bekämpft wird (vgl. seine Aufsätze: „Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des St.G.B. im Ger. S. XXIV. S. 435—462. XXVI. S. 28—48. „Über den Begriff einer strafbaren Hdlg. u. d. Gestaltung d. Schuldfrage nach R.St.P.O." in Ger. S. XXX. S. 294—316; „Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des § 51 ff. nach der Judikatur des R.G." im Ger. S. XXXVIII. S. 342—370.) Herzog nimmt für das Vorhandensein einer strafbaren Handlung als ausreichend und massgebend an, dass der Täter die „äussere Verbrechensfigur" z. Bspl. des Totschlags, der Brandstiftung erfüllt habe, die Momente des allgemeinen Verbrechenstatbestandes berücksichtigt er dabei nicht. Für die Strafbarkeit der Handlung an sich seien die Gründe der §§ 51 ff. einflusslos, diese wirkten nur auf die persönliche Strafbarkeit des Täters, nur der einzelne Handelnde, bei dem diese Gründe vorliegen, werde durch sie straflos. Damit gibt Herzog für den Begriff einer strafbaren Handlung alle Merkmale ihres inneren Wesens auf, er kommt dazu, eine Handlung auch dann als strafbar zu bezeichnen, wenn dem ausführenden Täter z. Bspl. jeder schuldhafte Wille fehlte; damit verletzt er jedoch leitende Grundsätze des Strafrechts, denn nach diesen kann von einer Handlung im Rechtssinn nur die Rede sein, wenn vor allem die inneren Momente, die den Strafanspruch entstehen lassen, vom Täter erfüllt sind, insbesondere, wenn bei diesem ein schuldhafter Wille vorhanden ist. (Vgl. die Entgegnung bei v. Birkmeyer: „Die Lehre von der Teilnahme" S. 161 ff.) Unterstützung findet Herzog bei Schütze Lehrb. S. 160 No. 18. In neuerer Zeit wird diese Ansicht wieder für die Unzurechnungsfähigkeit (§ 51) aufgenommen

Ferner gehören in diese Kategorie der sog. Schuldausschliessungsgründe diejenigen Umstände, bei deren Vorliegen die an sich vorhandene Straftat entweder geduldet oder sogar geboten ist; denn soweit zur Vornahme einer Handlung eine Berechtigung oder sogar eine Rechtspflicht besteht, kann sie nicht als rechtswidrig erscheinen, ein Delikt ist mithin ausgeschlossen. Hierzu sind Beziehungen und Verhältnisse verschiedenster Art zu rechnen. Erlaubt erscheint z. Bspl. das Züchtigungsrecht der Eltern (§ 1631 B.G.B.), des Lehrherrn (§ 127a. R.G.O.), erlaubt erscheinen die operativen Eingriffe, die der Arzt nach den Regeln der Heilkunst zur Wiederherstellung der Gesundheit vornimmt (soweit es nicht gegen den Willen des Patienten geschieht). Für den Beamten, für den Militär gibt es Handlungen, die ihm von seiner Amts- und Dienstpflicht vorgeschrieben sind, trotzdem sie an und für sich geschützte Interessen verletzen; für denjenigen, dem das Gesetz vorschreibt, den rechtsverbindlichen Befehl auszuführen, ist die im Gehorsam ausgeführte Tat geboten, und damit die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wenn sich auch sonst die Folgen seiner Handlung als Rechtsgüterverletzung oder Gefährdung erweisen. Der Scharfrichter, der von dem Staate zu der Hinrichtung ermächtigt ist, hat keinen Mord begangen, der Tat einer Militärpatrouille, welche zur Verhinderung der Flucht eines Festgenommenen, wie es die Dienstinstruktion befiehlt, von der Waffe Gebrauch macht, fehlt der Deliktscharakter. Wenn auch die besondere Berechtigung oder Verpflichtung nur auf ius singulare beruht, so ändert das nichts daran, dass die konkrete Tat dadurch einen

---

von Oppler „Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit d. Täters" im Ger. S. Bd. 70 S. 387—405 u. i. d. dtsch. Jur. Ztg. IV. Jhrg. 1899 S. 313. Ihn führen zu diesem Ergebnis kriminalpolitische Erwägungen; die mit der gemeinen Auffassung verbundenen Folgen ständen im Widerspruch mit dem Rechtsgefühl des Volkes. Er gibt zwar zu (S. 397), dass die Unzurechnungsfähigkeit des § 51 jeden schuldhaften Willen gänzlich ausschliesse und (S. 399), dass dieser schuldhafte Wille ein wesentliches Merkmal für das Vorhandensein einer strafbaren Handlung sei, glaubt aber trotzdem, dass § 51 die Täterhandlung kriminell bestehen lasse.

rechtmässigen Charakter annimmt.[1]) Soweit die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausgeschlossen ist, kann von einem Verbrechen nicht die Rede sein.[2])

Die Frage nach dem Einfluss eines solchen beim Täter vorhandenen Schuldausschliessungsgrundes auf die an seiner Straftat Beteiligten kann keine Schwierigkeiten bereiten. Die akzessorischen Formen der Teilnahme setzen die Strafbarkeit dieser Teilnehmer in Abhängigkeit von der Strafbarkeit der Haupttat. Wo jedoch durch das Wirksamwerden eines der genannten Umstände kein Verbrechen, keine Täterschaft vorliegt, da kann auch von Anstiftung und Beihilfe nicht gesprochen werden.

Auf die Mittäterschaft dagegen kann das Fehlen der Strafbarkeit der Täterhandlung nicht von Einfluss sein. Der Mittäter ist auf jeden Fall selbständig zu beurteilen, wofern er nur die zur Begründung der Täterschaft erforderlichen Qualitäten in sich vereinigt. Wenn von zweien die Tat gemeinschaftlich Ausführenden der eine unzurechnungsfähig ist, kann von Mittäterschaft überhaupt nicht die Rede sein, da das dazu erforderliche Bewusst-

---

[1]) v. Birkmeyer a. a. O. S. 156 nimmt an, dass dann, wenn die Rechtswidrigkeit der Handlung durch ius singulare ausgeschlossen sei, eine strafbare Tat bestehen bleibe, dagegen nicht bei Ausschluss durch ius commune; ähnlich Lucas: „Subjektive' Verschuldung" S. 101. v. Calker: Strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Hdlgn. S. 10.

[2]) Vgl. bezglch. des Einflusses des Befehls auf die Strafbarkeit insbesondere v. Calker a. a. O. und Girginoff: „Der bindende Befehl im Strafrecht". Danach ist unsere Ansicht, dass der rechtsverbindliche Befehl die Handlung zu einer rechtmässigen mache und ihren deliktischen Charakter deswegen ausschliesse, zwar die herrschende (vgl. Girginoff S. 12ff.), jedoch wird als Grund des Fehlens einer strafbaren Handlung die Aufhebung der Zurechenbarkeit der verletzenden Tat durch den Befehl und damit der Mangel der Schuldfähigkeit angesehen.

Abweichend dagegen ist diejenige Ansicht, welche annimmt, dass der Befehl nie eine rechtswidrige Handlung in eine rechtmässige verwandeln könne; eine strafbare Handlung bleibe immer gegeben, nur der den Befehl Ausführende könne sich persönlich von krimineller Verantwortlichkeit befreien. Vgl. v. Calker a. a. O. S. 23.

sein des Zusammenwirkens auf der einen Seite fehlt. Der Zurechnungsfähige ist hier alleiniger Täter.[1])

Auch die „Anstiftung" kann strafbar werden, wenn sie sich in Form der sog. mittelbaren Täterschaft betätigt, wenn z. Bspl. ein mit Tätervorsatz Handelnder durch einen sinnlos Betrunkenen den objektiven Tatbestand der strafbaren Handlung ausführen lässt. So erscheint auch im § 52 St.G.B. der Nötiger als mittelbarer Täter. In gleicher Weise ist auch der Vorgesetzte, der seinem Untergebenen den Befehl zu einer strafbaren Tat erteilt, die durch kein Gebot gerechtfertigt wird, als mittelbarer Täter dieses Deliktes anzusehen. Eine strafbare Täterschaft des Untergebenen kann nicht eintreten, weil dieser ja rechtmässig gehandelt hat; er ist dem formgerechten bindenden Befehl gegenüber zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet, eine Kritik des Befehls steht ihm nicht zu und so erscheint er als blosses Werkzeug des Vorgesetzten. Dieser hat jedoch durch Erteilung des widerrechtlichen verbindlichen Befehls rechtswidrig gehandelt, er hat den Verbrechenserfolg hervorgerufen und ist dafür verantwortlich; die Ausführung durch den Untergebenen kommt kriminell nicht in Betracht.[2])

Ist die Sachlage umgekehrt, d. h. liegt der Schuldausschiessungsgrund nur bei einem Teilnehmer vor, ohne beim Täter vorhanden zu sein, so wird die Strafbarkeit der Täterhandlung dadurch nicht berührt. Das bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

---

[1]) Vgl. v. Liszt § 50 III. 2. Finger Lehrb. S. 342. Dagegen v. Birkmeyer a. a. O. S. 148. Frank § 47 V.

[2]) Vgl. dazu allerdings § 47 Ziff. 2 d. Milit.-St.G.B., wo die rechtliche Verbindlichkeit des militärischen Befehls auf blosse Übertretungen beschränkt ist, dagegen Seemannsordnung 1902. §§ 34, 41. v. Liszt § 35 I., § 50 N. 7. Finger Lehrb. S. 337 u. 405. Schütze Lehrb. S. 148 N. 3. H. Meyer S. 220. Als Alleintäter sieht den Vorgesetzten an Girginoff a. a. O. S. 106. v. Calker S. 22 nimmt Anstiftung an, da ja nach seiner Ansicht eine strafbare Handlung des Untergebenen gegeben bleibt und sieht die im Wesen des bindenden Befehls enthaltene „Drohung" als ein Mittel der Anstiftung im Sinne des § 48 St.G.B. an. Ähnlich Hälschner a. a. O. I. S. 401. Vgl. auch Rechtspr. d. R.G. XXVIII. S. 109.

Wir kommen nun zur Betrachtung derjenigen Umstände, welche ebenfalls einen Strafanspruch ausschliessen, jedoch nicht derart, dass überhaupt die begangene Handlung als strafrechtlich irrelevant ihre Bedeutung verliert, sondern nur soweit, dass bei ihrem Vorliegen die persönliche Strafbarkeit des Täters entfällt, zu den sog. Strafreiheitsgründen.

Das Strafgesetzbuch führt im 4. Abschnitt seines ersten Teils auch eine Anzahl hierher gehörender Momente auf. Als solche strafausschliessende Eigenschaft hat zu gelten die Jugend und die Taubstummheit (§§ 55, 56, 58). Dies folgt bei den Jugendlichen des § 56, d. h. bei den Personen, welche schon das zwölfte aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, sowie für die Taubstummen schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, indem der Gesetzgeber ansdrücklich sagt, dass diese Personen zwar eine „strafbare Handlung" begangen haben aber freizusprechen sind, wenn ihnen die erforderliche Einsicht fehlte. Aber auch dem inneren Wesen dieser Strafausschliessungsgründe ist diese Auffassung zu entnehmen. Denn die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht und die allgemeine Zurechnungsfähigkeit sind wesentlich verschieden. Jene erfordert das besondere Vermögen, die Strafbarkeit der konkreten Tat zu erkennen, diese jedoch die allgemeine Fähigkeit mit rechtlichem Unterscheidungsvermögen sein Wollen den sozialen Normen unterzuordnen. Nur die Zurechnungsfähigkeit ist Merkmal des allgemeinen Verbrechenstatbestandes, nur sie ist erforderlich, um überhaupt eine strafbare Handlung entstehen zu lassen; die in den §§ 56, 58 erwähnte Einsicht ist für das Vorhandensein einer Handlung im Rechtssinn belanglos, sie kann nur auf die persönliche Strafbarkeit des Täters Einfluss üben.[1])

Die gleiche Beurteilung muss auch die Berücksichtigung des jugendlichen Alters bei Kindern unter 12 Jahren im § 55 finden. Auch hier hat das Gesetz angenommen, dass eine strafrechtliche Handlung zur Existenz komme

[1]) A. M. Hälschner a. a. O. I, S. 222 f.

und hat nur für die Person des sog. Strafunmündigen eine persönliche Unverfolgbarkeit begründet.

Mit Recht geht bei dieser Vorschrift das Gesetz davon aus, dass im allgemeinen ein Kind, wenn es überhaupt tätig ist, auch mit bewusstem Willen handelt und das Gesetz bestimmt keineswegs, dass das Kind unter 12 Jahren unzurechnungsfähig sei. Mit Unrecht würde man auch beim Strafunmündigen unbedingt und ausnahmslos das Dasein eines strafbaren Willens und die Zurechnungsfähigkeit leugnen. Wegen der bei diesen Jugendlichen aber weniger ausgebildeten Willensstärke und sittlichen Reife, zugleich auch aus kriminalpolitischem Grunde, bestimmt der Gesetzgeber, dass gegen diesen Jugendlichen der Strafanspruch des Staates nicht geltend gemacht werde, jede strafgerichtliche Untersuchung und Verfolgung gegen ihn soll ausgeschlossen sein. An sich behält aber die Handlung ihren Deliktscharakter.[1])

Nur in denjenigen Fällen, in denen die individuelle Entwicklung des Kindes derart unreif ist, dass ein Erkennen der Rechtsnormen und ein Wille überhaupt nicht angenommen werden kann, kann von einem freien Handeln und einer subjektiven Verschuldung nicht die Rede sein. In diesen Einzelfällen, die aber nur ausnahmsweise vorliegen werden und die zu prüfen dem Richter überlassen bleibt, fehlt es allerdings an einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal und damit an einer strafbaren Handlung.

---

[1]) Das ist die auch insbesondere vom Reichsgericht vertretene Meinung (vgl. R.G.E. VI. S. 186, 336. XIV. S. 102. XVIII. S. 298. XIX. S. 192. Rechtsprechg. IV. S. 308ff.) Ihr schliessen sich an Olshausen § 55 N. 5. Oppenhoff-D. Teil I Abschn. 4 N. 3. Rüdorff-St. § 55 N. 2. Schütze Lehrb. S. 95. Borchert a. a. O. S. 24. v. Calker a. a. O. S. 36. Lucas a. a. O. S. 96. Die herrschende Ansicht vertritt jedoch den Standpunkt, dass das Gesetz im § 55 bei Strafunmündigen jede Zurechnungsfähigkeit ausschliesse, eine strafbare Handlung also nicht vorliege. Es handele sich hier um einen sog. Schuldausschliessungsgrund. Vgl. Frank § 55 N. II. Hälschner a. a. O. I. S. 219. v. Liszt § 38 I. 1a. Merkel Lehrb. S. 56. Geyer in Holtzend. Hdbch. II. S. 363. Meyer-Allfeld Lehrb. S. 125. v. Birkmeyer a. a. O. S. 158, 269. Kohler a. a. O. S. 114 Otto a. a. O. § 55 N. 1. E. Fuchs: Das Problem der Strafmündigkeit u. die dtsch. Strafgesetzgebung. Breslau Diss. 1906.

Das Kind steht hier einem Unzurechnungsfähigen des § 51 gleich und die dort zur Anwendung kommenden Regeln finden auch hier Bedeutung. Von einer Teilnahme kann nicht die Rede sein, der Anstifter wird, wenn die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, zum mittelbaren Täter.

Das jugendliche Alter berücksichtigt ferner das Gesetz als einen die persönliche Strafbarkeit des Schuldigen ausschliessenden Grund bei dem Delikte der Blutschande (§ 173 Abs. 4).[1])

Als andere in Spezialvorschriften des Strafgesetzbuchs in Betracht kommende Straffreiheitsmomente sind zu nennen der für den Kartellträger im § 209 gegenüber § 203 wirksam werdende Umstand, das als Strafausschliessungsgrund berücksichtigte persönliche Verhältnis des Täters zu dem Verletzten in den Fällen der §§ 247 Abs. 2. 257 Abs. 2. 289 Abs. 5. 370 Z. 5 Abs. 2 St.G.B.

Für gewisse Personen ist die Straflosigkeit als Privileg aufgestellt. In erster Reihe für die Fürsten. So lange sich ein deutscher Fürst in rechtmässiger Herrscherstellung befindet, kann er für seine Handlungen nicht zur Verantwortung gezogen werden. Trotzdem untersteht er an und für sich ebenso wie jeder andere Rechtsgenosse den Gesetzen, er kann Unrecht tun und strafbare Handlungen begehen, jedoch befreien ihn staatsrechtliche, allgemein anerkannte Grundsätze von Strafverfolgung und Strafe.[2])

Ähnlich, doch nur beschränkt, ist die durch § 11 St.G.B. und Art. 30 R.Verf. geschaffene Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichstags und der Landtage und Kammern der Bundesstaaten. Privilegiert sind ihre mündlichen und schriftlichen Abstimmungen sowie ihre in Ausübung des Berufes getanen Äusserungen. Auch hier werden die für die Abgeordneten von der Straf-

[1]) A. M. R.G.E. XIX. S. 391: Das mindestens achtzehnjährige Alter des Täters wird als Tatbestandsmerkmal angesehen.

[2]) Vgl. Olshausen § 3 N. 19bα. Oppenhoff-D. § 3 N. 14a. Frank § 50 N. IV. Birkmeyer a. a. O. S. 157. Binding Hdbch I. S. 667ff.

barkeit eximierten Handlungen nicht zu rechtmässigen Handlungen, sondern ihr Deliktscharakter bleibt voll und ganz bestehen; das Privileg schliesst nur in seinem Umfange die Abgeordneten für diese Straftaten von strafrechtlicher Verantwortlichkeit aus.[1])

Ebenso sind in § 12 St.G.B. und Art. 22 Abs. 2 R.Verf. straflos erklärt die Berichterstatter, soweit sie wahrheitsgetreue Berichte über Parlamentsverhandlungen erstatten. Nicht der Bericht, wenn er ein wörtliches Verbrechen enthält, wird vom Gesetz für erlaubt erklärt, sondern der, welcher den Bericht erstattet und verbreitet, wird persönlich straflos gelassen.[2])

Eine andere Bedeutung hat das Privileg der Exterritorialen. Diese sind nicht von der Herrschaft der Strafgesetze befreit, sondern sind an sich für begangene Straftaten auch strafbar. Jedoch sind sie für die Zeit ihrer Ausnahmestellung vom inländischen Gerichtszwange eximiert und machen so ihre kriminelle Verfolgbarkeit unmöglich. Das deutsche Strafrecht zieht den Täter daher dann zur Verantwortung, wenn er zur Zeit der Begehung des Delikts exterritorial war, nachher aber seine Exterritorialität verloren hat.[3])

Wenn wir nun der Frage näher treten, in wieweit die beim Täter vorliegenden persönlichen Straffreiheitsgründe im Falle der Beteiligung auf die Strafbarkeit der Teilnehmer von Einfluss sind, so wird uns nicht der Gedanke beirren dürfen, dass, da § 50 auf persönliche Umstände von dieser Wirksamkeit nicht Platz greift, per argum. e contr. die allgemeinen Regeln über die Straf-

---

[1]) Vgl. Olshausen § 11 N. 1 N. 6. Oppenhoff § 11 N. 6. Frank § 11 N. 5. Binding Hdbch. S. 671 ff.

[2]) So auch Binding Hdbch. I. S. 684 fg. A. M. Frank § 12 N. III. Oppenhoff § 12 N. 8. Olshausen § 12 N. 2. Finger I. S. 440. Birkmeyer a. a. O. S. 159, die annehmen, die Straflosigkeit sei eine objektive.

[3]) So auch Binding Hdbch. I. S. 685. Olshausen § 3 N. 21. A. M. Oppenhoff-D. § 3 N. 14a. Frank § 3 N. V. 2. Merkel Lehrb. S. 282. Borchert a. a. O. S. 25, welche für die Exterritorialen Befreiung von den materiellen Strafgesetzen annehmen.

barkeit der Teilnahme, wie die §§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 insbesondere sie aufstellen, einschlagen müssten. Denn den § 50 erkannten wir ja als eine Ausnahme von den strengen Grundsätzen der Akzessorietät der Teilnahme im Interesse des Billigkeit. Die uns gegenwärtig beschäftigenden Momente stehen jedoch der Frage dieses Prinzips ganz fern. Sie treten zu der strafrechtlichen Existenz der Täterhandlung an sich in keine Beziehung und berühren das Verhältnis der Teilnahmehandlung zu dieser in keiner Weise; für den Satz, dass die Teilnahmehandlung nicht selbstständig, sondern nur aus der Tat eines anderen strafbar wird, sind sie daher ohne Bedeutung. Denn es liegt ja gerade im Wesen der hier in Betracht kommenden Strafausschliessungsgründe, dass sie nur für die Person des Täters wirksam werdend, diesen persönlich von der Strafe befreien, auf die Strafbarkeit der begangenen Tat jedoch ohne Einfluss sind. Die Täterhandlung an sich ist zur „strafbaren Handlung" qualifiziert und daran ändert nichts das Vorliegen jener Straffreiheitsgründe beim Täter. So stehen diese Umstände rechtlich auf gleicher Stufe mit den oben behandelten strafändernden höchst persönlichen, subjektiv-persönlichen Momenten und müssen auch die gleiche Wirksamkeit äussern wie diese. Wie dort liegt es auch in der Natur der Straffreiheitsgründe, dass sie für die Strafbarkeit von rein persönlicher Bedeutung sind, d. h. sie wirken nur zu Gunsten desjenigen Schuldigen, sei er Täter oder Teilnehmer, bei dem sie Geltung gewinnen, nur diesem gegenüber sieht der Gesetzgeber von der Bestrafung ab. Liegt also ein solcher Grund beim Täter vor, so bleiben die Teilnehmer strafbar nach den bezüglichen Bestimmungen, und zwar bemisst sich ihre Strafbarkeit nach der Schwere der begangenen Straftat unter evtl. Anwendung des § 50.

Andere Bedeutung wie die Strafausschliessungsgründe haben diejenigen Umstände, welche den Schuldigen von bereits verwirkter Strafe befreien, die den entstandenen Strafanspruch wieder beseitigen, die sog. Strafaufhebungsgründe. Es liegt in der Natur ihres Wesens, dass sie nur dem zu Gute kommen können, bei dem sie eingreifen.

Zu ihnen gehören als allgemeine Momente die Begnadigung und die Verjährung. In Einzelvorschriften hat das Strafgesetzbuch die Gründe des Rücktritts vom Versuch und der tätigen Reue in den §§ 46, 163 Abs. 2, 204, 310 berücksichtigt. Wie der Täter sich nach der subjektiven Seite hin persönlich belastet, so hat in diesen Fällen das Gesetz dem Schuldigen auch die Möglichkeit gegeben sich wieder zu entlasten und durch eigenes Handeln seine Strafbarkeit aufzuheben. Ein jeder an dem Delikte Beteiligte, (abgesehen von den Fällen der §§ 46 Abs. 1 u. 163 Abs. 2, die nur für den Täter Anwendung finden können), kann sich der Vergünstigung des Gesetzes teilhaftig machen, die Tatsache einer strafbaren Handlung bleibt aber bestehen und diese bestimmt das Mass der Verantwortlichkeit der straffälligen Mitwirkenden.[1])

§ 8.

Es ist natürlich, dass die uns hier beschäftigende Frage nach dem Einflusse, den das Vorliegen persönlicher Beziehungen bei einem Beteiligten auf die anderen Deliktsteilnehmer ausübt, wegen ihrer Wichtigkeit und weittragenden Bedeutung von jeher in der Gesetzgebung und in der Literatur des Strafrechts Gegenstand der Beachtung und lebhafter Erörterung gewesen ist. Hierbei verdienen schon einige sich in den römischen Quellen findende Stellen Beachtung, wenn diese auch die Beantwortung der Frage in ihrem grundsätzlichen Sinne nicht zu bringen versuchen, sondern ihr nur an Hand einzelner Fälle in bezüglichen Bemerkungen näher treten.

Hier sind zu nennen: L. 6. D. 48. 9, wonach den Gehilfen an einem Verwandtenmorde, auch wenn er selbst ein extraneus ist, doch die schwerere Strafe des parricidium trifft; die gleiche Entscheidung gibt § 6. J. de

1) Vielfach wird der Rücktritt und ebenso die tätige Reue auch als persönlicher Strafausschliessungsgrund angesehen. (Vgl. Borchert a. a. O. S. 24. Herzog a. a. O. Bd. XXIV. S. 457ff.) Die persönliche Wirksamkeit des Rücktritts vom Versuch (§ 46) wird bestritten von Olshausen § 46 N. 7. Kohler a. a. O. S. 143. Berner Lehrb. S. 165, nach ihnen wirkt der Rücktritt des Täters für alle Teilnehmer. (Siehe dagegen Motive S. 64).

publ. iudic. 4. 18. Damit stimmt überein das Erkenntnis des § 9 dieses Titels, welcher von der lex Julia peculatus handelt: ipsi iudices capitali animadversione puniantur, et non solum hi, sed etiam qui ministerium iis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas (sc. pecunias) ab his scientes susceperint. Weiter kommen in Betracht: l. 36 § 1 D de furt. (47. 2. 1.), wonach jemand, welcher der ihren Ehemann bestehlenden Ehefrau hilft, nach der actio furti haftet, während die Ehefrau mit der actio rerum amotarum zu belangen ist.

Eine allgemeine Norm kann in diesen Vorschriften, deren Bestimmungen sich zum Teil widersprechen, nicht gefunden werden. Erst die Glossatoren und die italienischen Kriminalisten suchten an die Stellen der Quellen anknüpfend, der Frage im Prinzipe näher zu treten und sie durch allgemeine Grundsätze zu lösen. Bei ihren Erörterungen tritt die auch unsere heutige Strafrechtslehre noch beschäftigende gegensätzliche Auffassung von der selbständigen oder unselbständigen Natur der Teilnahme hervor. Auf ihr beruht die verschiedene Stellung, die Bartolus und Baldus, welche für unsere Frage bahnbrechend sind, nehmen. Bartolus und seine Anhänger behandeln den Teilnehmer schlechthin als accessorium bis zu der Konsequenz, dass sie ihn sogar dann für die persönlichen Eigenschaften des Täters einstehen lassen, wenn er nicht darum gewusst hat.[1]) Dieser Meinung tritt Baldus entgegen. Er stellt den Grundsatz auf, dass der Teilnehmer prinzipal und selbständig hafte, Umstände, die seine Person nicht betreffen, können daher nicht für oder gegen ihn wirksam werden, „qualitas, sive in odiosis, sive in favorabilibus non extenditur de persona ad personam".[2])

---

[1]) Vgl. Bartolus ad. l. 36 qui servo D. 47. 2. Summ. 1. u. Summ. 2. Azo in der Summa zu Cod. 9. 17. (Sed et qui praestiterunt opem eadem lege tenentur, et ita durius punitur, quam si ipsemet id commisisset). Tiberius Decianustr. crim IX 33 n 4 u. n 8.

[2]) Vgl. Baldus ad l. non ideo minus C. IX. 2 n 10 u. n 19; ad l. 5. C. de accus. — Menochius arb. quaest. lib. II. cas 353. n 5. sequ. Angelus Aretinus § dicto malef. n. 12.

Fortgeführt wurden diese Erörterungen von der älteren deutschen Doktrin. Diese glaubte Klarheit in die Materie zu bringen, indem sie der Behandlung der Frage eine Unterscheidung des socius specialis vom socius generalis in dem Sinne zu Grunde legte, dass der Erstere in dem gleichen besonderen Verhältnisse wie der Täter steht, während der Letztere nicht davon betroffen wird. Die Mehrzahl der Schriftsteller kommt zu dem Ergebnis, dass die persönlichen Umstände nur dann für den Teilnehmer wirksame Geltung gewinnen können, wenn sie auch bei ihm vorliegen. Der Teilnehmer ist so zu bestrafen, als hätte er selbst im einzelnen Falle allein die Tat ausgeführt. Diese Ansicht finden wir vertreten bei Rosshirt im Arch. des Kriminalrechts Jhrg. 1851. „Beiträge zur Lehre von d. Anstiftung z. Verbrechen" S. 524ff., bei Köstlin „System des deutsch. Strafrechts" S. 283ff.; auch Berner „Die Lehre von d. Teilnahme am Verbrechen" S. 305 tritt diesem Standpunkte im allgemeinen bei, will jedoch den Gehilfen anders wie den Anstifter stets nach den Verhältnissen des Täters beurteilen, da sich für den Gehilfen der Charakter seines Verbrechens nach der Natur der vorliegenden Urheberschaft bestimme.[1])

Diese Ansicht wird namentlich bestritten von Luden „Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht" S. 153 und 357 ff. Er nimmt mit anderen als Unterscheidungsprinzip zwischen spezieller und genereller Teilnahme nicht das Vorhandensein der speziellen persönlichen Eigenschaft, sondern die Absicht des Teilnehmers an, das Verbrechen in seiner speziellen Natur zu begehen; diese Absicht kann aber auch auf einen beteiligten extraneus übergehen. Die Strafe des extraneus bestimmt sich dann nach dem auf den Täter Anwendung findenden Gesetze. Der Gegensatz dieser Meinungen zeigt sich mit besonderer Schärfe ausgeprägt bei der Lehre von der Teilnahme an Delikten, die durch das Vorliegen besonderer persönlicher Eigenschaften erst zur Entstehung gelangen. In Konsequenz ihrer Ansichten müssen sich Luden und

[1]) Dazu vgl. die Entgegnung bei Rosshirt a. a. O.

seine Anhänger, besonders auch Kitka: „Über d. Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen u. deren Strafbarkeit" für das österreichische Recht, hier für die unbedingte Zulässigkeit einer strafbaren Teilnahme Dritter entscheiden, Berner a. a. O. trennt wieder Anstiftung und Beihilfe, während Rosshirt a. a. O. und Köstlin a. a. O. der Ansicht sind, dass hier eine strafbare Teilnahme Dritter überhaupt nicht in Betracht kommen könne.

In vollem Lichte erscheint die Schwierigkeit der Beantwortung der uns beschäftigenden Frage in der deutschen partikularrechtlichen Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts. Sie findet ihren Ausdruck schon darin, dass nur wenige dieser Gesetze überhaupt eine Entscheidung über die einschlägigen Punkte treffen.[4])

Von diesen enthalten eingehende allgemeine Vorschriften in dem Sinne, dass die persönlichen Umstände nur für oder gegen den wirken, bei dem sie vorliegen, das bayrische Gesetzbuch von 1813 im Art. 118, das braunschweigische in §§ 41, 54. und in der Sonderbestimmung bezgl. des Amtsverbrechens im § 242, ferner das sächsische St.G.B. von 1855 (anders wie das sächsische Krimin. G. B. von 1838, welches keine Bestimmung traf) in den Art. 51 Abs. 2. 55 Abs. 4. 65., das Hamburger St.G.B. von 1869 im Art. 51 und bezgl. des Amtsdelikts im Art. 207. Das badische G.B. von 1845 spricht sich im § 137 Abs. 1 nur für den speziellen Fall, dass die erhöhte Strafbarkeit auf den besonderen Strafbestimmungen wegen Rückfall beruht, für die individuelle Berücksichtigung dieses Umstandes aus und beschränkt diese Vorschrift auf den Gehilfen. In Spezialbestimmungen des Ges.B. ist dieses Prinzip fortgeführt. Nach §§ 236 u. 303 ist in den Fällen der Körperverletzung und der Ehrenkränkung mittels körperlicher Misshandlung die Verwandtschaft mit

---

[4]) Vgl. zum folgenden Rosshirt a. a. O. S. 538 ff, Jacquin: „Die Teilnahme am Verbrechen in der deutsch. Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch"; v. Birkmeyer in der vergleich. Darstellung d. dtschen u. ausländischen Strafrechts. Allg. T. II. Art. „Teilnahme am Verbrechen".

dem Verletzten bezw. Misshandelten bei Täter und Gehilfen unabhängig für jeden einzeln straferschwerend. Jedoch wird andrerseits nach § 224 der Gehilfe beim Kindesmord nicht nach den Vorschriften über Mord oder Totschlag bestraft, sondern nach der im § 222 für Kindsmord festgesetzten milderen Strafe.

Andere Gesetzgebungen, welche an eine allgemeine Regelung der Frage gehen, sprechen sich wieder dahin aus, dass die bei einem Beteiligten vorliegenden persönlichen Momente für die übrigen Mitwirkenden von Einfluss wären.

Diese Entscheidung trifft das württembergische G.B. von 1839, doch ebenfalls nur für die Beihilfe; eine Ausnahme statuiert es jedoch für den Nichtbeamten im Falle eines Amtsdelikts. (Art, 404.) Das gleiche Prinzip verfolgt auch das sächsische St.G.B. von 1855 im Art. 55. Abs. 3 für den Fall, dass durch die persönlichen Verhältnisse des Täters die Tat eine besondere strafrechtliche Natur erhält; wirkt diese jedoch straferhöhend, so greift der schwerere Strafrahmen gemäss Art. 56 Abs. 1 gegen den Gehilfen nur dann Platz, wenn er von dem speziellen Verhältnis des Täters Kenntnis hatte. Erhält die Tat durch die vorliegenden Umstände keinen besonderen Charakter, so bestimmt der schon angeführte Art. 55 Abs. 4 den obigen abweichenden Grundsatz.

Im wesentlich gleichen Sinne spricht sich das bayrische St.G.B. von 1862 aus. Auch hiernach wirken gemäss Art. 65 Abs. 1 u. 2 die persönlichen Verhältnisse des Täters auf die Teilnehmer dann, wenn die Strafbarkeit der Tat durch sie entweder begründet wird oder eine besondere Qualifikation erhält; beeinflussen sie jedoch die rechtliche Natur der Handlung nicht, so haben sie nach Art. 65 Abs. 3 nur individuelle Wirksamkeit. Im besonderen Teile dieses G.B. bestimmt dennoch Art. 231 Abs. 2, dass der Teilnehmer am Kindsmord wegen Teilnahme am Mord zu bestrafen ist. Auch § 43 des Lübecker G.B. setzt die Rückwirkung der persönlichen Umstände auf die Beteiligten fest.

Damit ist die Zahl der Gesetzgebungen, welche es versuchen, die Frage übersichtlich zu regeln, erschöpft. Ein grosser Teil der Partikularrechte sieht überhaupt von prinzipiellen Bestimmungen ab.

Das sächsische Krimin. G.B. von 1838 enthält, wie schon erwähnt, keine Vorschriften, welche die Frage treffen; ebenso entbehren auch die Strafgesetzbücher von Thüringen von 1850 und Hannover von 1840 irgend einer Regelung; hier müssen daher die allgemeinen für die Strafbarkeit der Teilnahme geltenden Grundsätze zur Entscheidung Platz greifen.

Mangelhaft und unbefriedigend ist die Beantwortung, die das hessische St.G.B. von 1842 der Frage zu Teil werden lässt. Dem Art. 440 lässt sich entnehmen, dass Beihilfe zu einem reinen Amtsdelikte bei Personen, welche nicht öffentliche Diener sind, nur dann strafbar ist, wenn sie zur Aushilfe in öffentliche Dienste angenommen und verpflichtet sind. Für den Anstifter ist die Frage nicht erörtert.

Ebenso unzureichende und nur spezielle Bestimmungen enthält das preussische G.B. von 1851. Der Teilnehmer am Hausdiebstahl (§ 217 Nr. 4) soll ebenso wie der Täter schwerer bestraft werden. Die Strafbarkeit des Teilnehmers, der Nichtbeamter ist, am reinen Amtsdelikt bestimmt § 331 Abs. 2 nach den allgemeinen Grundsätzen über die Teilnahme. Der Teilnehmer am Kindsmord ist nach § 180 gemäss den für Mord geltenden Strafvorschriften strafbar und der fremde Teilnehmer am Familiendiebstahl haftet nach der Bestimmung des § 228 Abs. 2 nach Massgabe des einfachen Diebstahls.

Wenn wir diese Gesetzgebungen überblicken, müssen wir sagen, dass die Frage durch die Behandlung, welche die Partikularrechte ihr zu Teil werden lassen, nicht erschöpfend und befriedigend gelöst ist; die Wissenschaft ist ihnen in der Auffassung der allgemeinen Bedeutung des Problems voraus, sie zeigt uns durch Ergründung seiner inneren Natur in systematischen Unterscheidungen den Weg, der zur Beantwortung unserer Frage führt.

§ 9.

Es ist von Interesse und für eine Kritik der betreffenden Vorschrift unseres eigenen Strafrechts von Wichtigkeit, festzustellen, in welcher Weise die Gesetzgebung anderer Nationen, insbesondere die europäischen ausserdeutschen Gesetze, persönliche Umstände auf Täter und Teilnehmer bei der Bestrafung wirksam werden lassen.

Dem Strafgesetzbuche Oesterreichs ist eine Unterscheidung der persönlichen Momente in solche, welche nur das Mass der Strafbarkeit des Individuums bestimmen und solche, deren Bedeutung die Tat selbst erfasst, eigentümlich.[1]) Jene rein subjektiven Merkmale berücksichtigt das St.G.B. von 1852 in § 5 Abs. 2 und bestimmt, dass solche, soweit sie die Strafbarkeit aufheben, nur für den Betroffenen zu berücksichtigen sind. Die Entwürfe I und II aus dem Jahre 1881 zu einem neuen Gesetzbuche suchten diesen Grundsatz auch auf die die Strafbarkeit erhöhenden oder vermindernden Momente auszudehnen und trafen in ihrem § 52 eine diesbezügliche Anordnung, welche jedoch von dem folgenden Entwurf III wieder beseitigt wurde; wie die Bemerkungen zu diesem Entwurfe sagen, sollte die Beantwortung der Frage der Wissenschaft überlassen bleiben, da das Gesetz nicht im Stande sei, sie in erschöpfender Weise zu regeln. Nur einzelne einschlägige Fälle behandelt das österreichische Gesetz. So enthält der § 177 mit Bezug auf § 176 II. b u. c. eine Bestimmung, durch welche die in Dienstboten- und denselben gleichstehenden Diebstählen liegende Qualifikation auf den Täter eingeschränkt wird; dagegen liegt nach § 137 Verwandten- bezw. Gattenmord für alle Mitwirkenden vor, wenn die Mordtat am Aszendenten oder am Deszendenten oder am Ehegatten eines der Mitwirkenden verübt ist, während nach § 142 bei dem Totschlag die Verwandtschaft nur die Tat des Täters qualifiziert.

Im englischen Recht findet sich keine besondere Anordnung über die Wirksamkeit persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Beteiligten.[2])

[1]) Vgl. dazu Janka-Kalina: Oesterreichisches Strafrecht. S. 146 fg.

[2]) Vgl. v. Birkmeyer in d. vergl. Darstellg. a. a. O. S. 95.

Der französische code pénal regelt im art. 59 im allgemeinen die Strafe der Teilnehmer: Les complices d'un crime on d'un délit seront punis de la meime peine que les auteurs même de ce crime ou de ce délit. Dieser Satz muss, da jede besondere bezügliche Vorschrift fehlt, auch beim Vorliegen persönlicher Momente in Geltung bleiben. Immer ist die persönliche Strafbarkeit des Täters für alle Beteiligten massgebend, es sei denn, dass die Natur der besonderen Umstände, wenn sie sog. höchstpersönliche, circonstances aggravantes purement personelles, sind, eine Rückwirkung unmöglich macht. Das ist auch die herrschende, von der Praxis aufgenommene Ansicht der französichen Doktrin.[1])

Dagegen geht der belgische code pénal von 1867 näher auf unsere Frage ein. Er unterscheidet unter den straferschwerenden Momenten solche, welche der Straftat selbst anhaften, und solche, welche nur die Person betreffen, circonstances objectives et intrenseques und circonstances subjectives et intrenseques, und bestimmt für letztere eine rein individuelle Wirksamkeit, erstere sind für alle Beteiligten von Einfluss.[2])

Die gleiche systematische Einteilung kennt das italienische St.G.B. von 1889. Auch dieses behandelt im Art. 65 u. 66 die allein an der Person haftenden Umstände, le circonstanze e la qualità inerenti alla persona, gesondert von den das Verbrechen selbst berührenden, le circonstanze materiali. Es trifft Bestimmungen für diese Umstände nur soweit sie strafschärfend sind und schreibt vor, dass die subjektiven den andern Beteiligten nur zur Last fallen sollen, wenn sie sie im Augenblick der Beteiligung gekannt haben, während die objektiven auch gegen den Beteiligten wirken sollen, welcher das straferschwerende Moment nur hätte voraussehen können.[3])

Was die Gesetzgebung der Schweiz anbetrifft, so beschäftigen sich von den einzelnen Kantonalstrafrechten

---

[1]) Vgl. dazu Redslob a. a. O. S. 35. ff. Birkmeyer in vergl. Darstell. a. a. O. S. 106.

[2]) Vgl. Redslob a. a. O. S. 41.

[3]) Vgl. v. Birkmeyer in vergl. Darst. a. a. O. S. 124.

nur wenige mit der Frage näher, und diese treffen die gleiche Anordnung wie unser St.G.B. im § 50, so Freiburg § 48, Genf § 47, Tessin §§ 58. 59, Solothurn § 33. Die drei ersten Entwürfe eines Bundesstrafgesetzbuches enthielten über den Einfluss persönlicher Verhältnisse keine Bestimmung, erst der IV. Entwurf von 1903 brachte die Vorschrift: „Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden bei dem Täter, Anstifter und Gehilfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.“ [1])

Das russische Gesetzbuch beschäftigt sich im Art. 51 Abs. 4 mit dem Problem und bestimmt darin, dass „besondere persönliche Verhältnisse oder Eigenschaften, welche die Strafbarkeit der Teilnehmer bestimmen, erhöhen oder vermindern, ohne Einfluss auf die Strafbarkeit der übrigen Teilnehmer bleiben sollen.“ Danach ist also auch die Teilnahme eines Fremden am Sonderdelikt allgemein straflos gelassen.[2])

Das niederländische St.G.B. von 1881 spricht sich im Art. 50 dahin aus, dass persönliche Verhältnisse, durch welche die Strafbarkeit ausgeschlossen, vermindert oder erhöht wird, bei Anwendung des Strafgesetzbuchs nur hinsichtlich desjenigen Täters oder Teilnehmers berücksichtigt werden, den sie persönlich betreffen.[3])

Die gleiche Vorschrift findet sich im V. Cap. § 4 des finnländischen St.G.B. von 1889.

Dem norwegischen St.G.B. ist die Auffassung eigentümlich, dass sämtliche zu einem Verbrechen Mitwirkende selbständig verantwortlich sind; es kennt nicht die sog. akzessorische Natur der Teilnahme und daraus ergibt sich von selbst, dass persönliche Umstände nur individuell wirken können. Die Teilnahme am Sonderdelikt entscheidet das Gesetz jedoch speziell in der Weise, dass es in den in Betracht kommenden Fällen des besonderen

---

[1]) Vgl. v. Birkmeyer in vergl. Darst. a. a. O. S. 115.

[2]) Vgl. Gretener: Das St.G.B. für Russland vom Jahre 1903 im Ger. S. Bd. 67. S. 80 fg.

[3]) Vgl. v. Birkmeyer in vergl. Darstell. a. a. O. S. 119.

Teils im einzelnen bestimmt, ob sich die Strafdrohung nur an den unmittelbaren Täter richtet, oder ob sie auch die mitwirkenden Teilnehmer angeht.[1])

Das St.G.B. für das Königreich Schweden gibt für den Einfluss persönlicher Verhältnisse keine Vorschriften.

§ 10.

Wenn wir nun zum Schlusse gelangend, das Ganze noch einmal überblicken und die Stellungnahme unserer eigenen Gesetzgebung zu der Frage nach dem Einflusse persönlicher Umstände kritisch zu würdigen versuchen, so müssen wir uns dabei als grundlegend vor Augen halten, dass die Lösung des Problems darin liegt, dem Gerechtigkeitsprinzip der Strafbarkeit jedes Einzelnen nach seiner eigenen Verschuldung auch für die unselbständigen Formen der Teilnahme zum Siege zu verhelfen. Dass dieser Gedanke auch unseren Gesetzgeber bei der Aufstellung des § 50 geleitet hat, erkennen die Motive an, im Interesse dieses Grundsatzes durchbrach er die strenge Konsequenz der akzessorischen Natur der Teilnahme. Jedoch beschränkte er die Wirksamkeit der getroffenen Bestimmung auf solche Umstände, welche der Straftat eine grössere oder geringere Schwere geben, nur hier bemisst er die Strafe des Einzelnen nach der individuellen Verantwortlichkeit. Unsere Untersuchungen liessen erkennen, dass durch diese enge Begrenzung der Anordnung die gegebene Lösung des Problems ihren Wert verliert. Denn die ebenso bedeutungsvolle und schwerwiegende Frage nach dem Einflusse solcher Umstände, welche die Strafbarkeit einer Handlung begründen oder ausschliessen, ist überhaupt nicht beantwortet, trotzdem gerade hier wegen der sich ergebenden Verschiedenheit auftretender Fälle und der Notwendigkeit ihrer systematischen Unterscheidung das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung sich besonders fühlbar machte. Andrerseits hat unser Gesetzgeber, soweit er die Frage entschied, zur Kennzeichnung der Umstände, welche die Strafwürdigkeit erhöhen oder vermindern, derartig unbestimmte und vieldeutige Begriffe

[1]) v. Birkmeyer in vergl. Darst. a. a. O. S. 130.

gewählt, dass auch hier der Kreis der vom Gesetz in Betracht gezogenen Momente nicht feststeht. Wir müssen die in unserem Gesetzbuche gegebene Regelung der Frage lückenhaft und unklar nennen.

Blicken wir jedoch auf die Gesetze anderer Staaten und auf die vordem bei uns geltenden Partikularrechte, so zeigt sich uns dasselbe Bild. Soweit man überhaupt an eine gesetzliche Lösung des Problems geht, behandelt man die Frage nur teilweise, in begrenzter Fassung und daher unbefriedigend. Der Grund dafür liegt offenbar in der legislativen Schwierigkeit, ein Prinzip zum Ausdruck zu bringen, das durch Kultur und Billigkeit bedingt ist, dessen Durchführung jedoch allgemeine strafrechtliche Grundsätze durchbricht. Deshalb übergehen auch, wie wir gesehen, eine Anzahl von Gesetzbüchern die Frage mit Schweigen, weil sie glauben, dass eine erschöpfende Regelung im Gesetze nicht möglich und auch nicht erforderlich sei, da, wie die Motive und Erläuterungen oft ausdrücklich sagen, der Richter durch das Mittel der Strafzumessung Raum genug habe, der individuellen Verschuldung Rechnung zu tragen, der spezielle und systematische Ausbau der Lehre aber der Wissenschaft überlassen bleiben könne. Eine befriedigende Lösung des Problems kann das nicht bedeuten. Das Interesse einheitlicher Entscheidung, die grundsätzliche Wichtigkeit und tiefgreifende Bedeutung der Frage machen ihre gesetzliche Beantwortung notwendig. Es muss zu Unzuträglichkeiten führen, wenn es dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, zu bestimmen, ob im Einzelfalle das Vorliegen persönlicher Momente die Verantwortlichkeit eines Beteiligten in ihrer Existenz oder ihrer Grösse berührt oder welchen Umständen überhaupt eine derart individuelle Wirksamkeit auf die Strafe zukommt. Darüber darf nur das Gesetz entscheiden.

Dass die Wissenschaft die Frage nicht für die Praxis verwendbar zu beantworten vermag, zeigten unsere Ausführungen. In den grundlegensten Erörterungen ergeben sich doktrinelle Schwierigkeiten und Streitigkeiten. Nach der einen Ansicht erscheint der Beteiligte als ein schwerer

Strafe würdiger Verbrecher, nach der entgegengesetzten Ansicht ist er mit einem Minimum oder überhaupt nicht strafbar.

Eine praktisch brauchbare Lösung des Problems bringt nur das norwegische Gesetzbuch. Indem es die Auffassung von der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihre Konsequenzen aufgibt, ergibt sich eine unabhängige Selbständigkeit der Teilnahmehandlungen und damit als selbstverständliche Folge eine individuelle Berücksichtigung persönlicher Momente. Ebendahin bewegen sich auch die Vorschläge der sog. modernen Strafrechtsschule, die eine Verselbstständigung der Teilnahme bezwecken, die von den Franzosen sog. théorie de la complicité délit distinct.

Man kann jedoch den Grundsatz der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht hinwegdisputieren wie eine bei der Studierlampe gemachte Erfindung. Die akzessorische Natur der Teilnahme, d. h. das Prinzip, dass die begangene Haupttat für die verschiedenen an ihr Beteiligten und Mitwirkenden das Band ist, welches alle Teilnehmer verknüpft und ihre Schuld in kriminelle Abhängigkeit bringt, so, dass ihre Handlungen eine unselbstständige Gestalt annehmen, ist durch den Begriff der Teilnahme als Beteiligung an der Ausführungshandlung eines anderen gegeben, in diesem Grundsatz hat der Begriff der Teilnahme seinen kriminellen Ausdruck und seine Bedeutung erhalten; solange man an ihm festhält, muss man auch seine akzessorische Natur anerkennen.[1])

Die Lösung des Problems, das uns beschäftigt, liegt eben darin, im Interesse der Gerechtigkeit eine Ausnahme von diesem Grundsatze zur gesetzmässigen Geltung zu bringen. Dieses Bedürfnis und diese Notwendigkeit greift bei denjenigen persönlichen Momenten Platz, welche in sich ein besonderes Schuldmerkmal tragen, so, dass dadurch die Strafwürdigkeit des einzelnen Beteiligten eine ausgezeichnete Färbung erhält oder in ihrer Existenz berührt wird. Grundaufgabe ist es, diese Umstände zu be-

[1]) Vgl. dazu v. Birkmeyer in vergleich. Darstellung des deutsch. u. ausländ. Strafr. Allg. T. II. Bd. S. 3 fg.

stimmen, dann gilt es ihre individuelle Wirksamkeit festzustellen. Eine erschöpfende Regelung der Frage durch allgemeine Grundsätze muss unmöglich erscheinen, da man nicht allgemeine Kriterien finden kann, welche die Zahl der in Betracht kommenden Momente bestimmt kennzeichnet und begrenzt.

Nur im Einzelfall für die spezielle persönliche Eigenschaft und Beziehung lässt sich die Frage beantworten, ob hier die kriminelle Schuld des einzelnen Mitwirkenden so von den anderen gesondert wird, dass eine konsequente Durchführung des akzessorischen Prinzips ungerecht erscheinen muss. In der Lösung unseres Problems kann man zu einem wirklich praktischen und lückenlosen Ergebnis daher nur gelangen, wenn man das Gesetz in den Fällen des speziellen Teils, in welchen persönliche Momente einen Einfluss auf die Strafbarkeit ausüben, bei jedem dieser Delikte entscheiden lässt, ob sich bei diesem Umstande eine individuelle Berücksichtigung notwendig macht. Nur so kann man die Frage allgemein befriedigend und umfassend beantworten, nur so bedeutungsvolle und praktisch ausserordentlich wichtige Kontroversen und Streitfragen erledigen.

Das lehrt uns ganz besonders die Unklarheit und Mangelhaftigkeit in den Bestimmungen derjenigen Gesetzbücher, vor allem unseres eigenen, welche eine Regelung der Frage in allgemeinen Grundsätzen erstreben.

Lebenslauf.

Ich, Martin Bernhardt, bin am 11. Mai 1886 zu Kriewen Kr. Kosten geboren.

Ich besuchte das Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Posen, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechtswissenschaften an den Universitäten Genf, München, Berlin und Breslau.

Am 6. Juli 1908 bestand ich vor der Prüfungskommission beim Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung.

Am 23. Juli 1908 bestand ich das examen rigorosum.

Seit dem 19. August 1908 bin ich im Bezirke des Oberlandesgerichts Posen als Referendar beschäftigt.

Zur Zeit absolviere ich die Landgerichtsstation.